



Università degli Studi di Ferrara

CICLO XXIII

DOTTORATO DI RICERCA IN

COMPARAZIONE GIURIDICA E STORICO-GIURIDICA

COORDINATORE: PROF. ARRIGO MANFREDINI

TRASPLANTE JURÍDICO ORDOLIBERAL:
LA FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER EN AMÉRICA LATINA,
CON PARTICULAR ATENCIÓN AL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

DOTTORANDO

ESPINO BARZAGA HORACIO ALFREDO

TUTORE

PROF. SOMMA ALESSANDRO

2007 – 2010



Università degli Studi di Ferrara

CICLO XXIII

DOTTORATO DI RICERCA IN

COMPARAZIONE GIURIDICA E STORICO-GIURIDICA

COORDINATORE: PROF. ARRIGO MANFREDINI

TRASPLANTE JURÍDICO ORDOLIBERAL:

LA FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER EN AMÉRICA LATINA,
CON PARTICULAR ATENCIÓN AL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

DOTTORANDO

ESPINO BARZAGA HORACIO ALFREDO

TUTORE

PROF. SOMMA ALESSANDRO

2007 – 2010

ÍNDICE

DISEÑO METODOLÓGICO	I – II
PREMISAS DEL DISCURSO O DECLARACIÓN DE INTENCIONES	III–XXVIII
I PARTE – SOBRE LA FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER	
CAPÍTULO 1– UNA APROXIMACIÓN AL UNIVERSO KAS	1
1 Introducción al Universo KAS como una comunidad epistémica en red	1
2 La Konrad Adenauer <i>Stiftung</i> como un “ <i>private–public partnership (PPP’s)</i> ”	19
3 Sobre la <i>praxis kasiana</i> de la sociedad privada en el pensamiento ordoliberal	30
4 Notas sobre el racismo postmoderno. La actividad de la Konrad Adenauer en América Latina	37
II PARTE – MANIFESTACIONES CONTEMPORÁNEAS DEL ORDOLIBERALISMO	
CAPÍTULO 1 – SOBRE LOS REFERENTES HISTÓRICOS Y NORMATIVOS ORDOLIBERALES	50
1 Breves referentes históricos ordoliberales	51
1.1 La economía social de mercado como expresión ordoliberal	53
1.2 Apuntes sobre la teoría de la constitución económica	61
1.3 Las reglas del orden del mercado constitucional	70
2 Breves referentes normativos ordoliberales	78
2.1 La República Federal alemana. La Ley Fundamental (Ley de Bonn)	85
2.2 La Unión Europea. El Tratado de Lisboa	90
2.3 Las Repúblicas <i>ex</i> socialistas de Europa	94
2.3.1 La vigente constitución de la República de Polonia	94
2.3.2 Apuntes constitucionales sobre la República de Hungría	95
2.3.3 El proyecto de constitución de la Federación de Rusia, de 1992	97
2.4 Las constituciones ordoliberales de la República del Perú	97
2.5 La fallida constitución ordoliberal de la República de Ecuador.	99
2.6 La evolución constitucional de la República Popular China	101

3 Cuestiones de síntesis	106
CAPÍTULO 2 –COOPERACIÓN EN EL VÉRTICE DEL PODER. ORDOLIBERALISMO	
<i>COME SECOND BEST SOLUTION</i>	109
1 El derecho global: gobernanza, <i>soft law</i> y economía social de mercado	113
1.1 La Gobernanza	113
1.2 El <i>soft law</i>	116
1.3 La economía social de mercado	120
1.4 El Derecho global contingente: El Derecho glocal	122
2 Del <i>rule of law</i> al <i>rule of market</i>	126
3 La economía social de mercado como método inductivo	134
4 La «cooperación perfecta» entre estados e ideologías	138
5 La privatización de la justicia y la tercera vía	143
5.1 La privatización de la justicia	143
5.2 La tercera vía	152
6 El ordoliberalismo <i>come second best solutions</i>	159
7 El Derecho como <i>calcolabilità de funzionamento dell'ordinamento</i>	171
8 La contractualización privada del Estado social	179
8.1 Las soberanías nacionales latinoamericanas	187
8.2 (...) y la gestión de las crisis	190
8.3 El fundamentalismo del mercado	192
8.4 El estado social gestionado por el principio de la subsidiariedad católica	194
CAPÍTULO 3 – LA PRODUCCIÓN SIMBÓLICA DEL HOMO ORDOLIBERAL	
1 La <i>biohegemonía</i> y el mito ordoliberal	203
2 Sobre el <i>homo</i> ordoliberal aún no formalizado	210
3 La cooperación por interacción infinita en el espacio del mercado	217
3.1 Entre el liberalismo clásico y el liberismo postmoderno	218

3.2	La interacción infinita y la cooperación forzada	221
3.3	Apuntes marxistas sobre la cooperación ordoliberal	224
4	El contrato y la contractualización de las relaciones sociales	229
5	La autogestión individual entre la cooperación y la solidaridad. El comportamiento humano ‘descendiente’.	234
CAPÍTULO 4 – LA PRODUCCIÓN DE LA SUBJETIVIDAD ORDOLIBERAL SU ESENCIA DISCRIMINATORIA		242
1	Dialogando, pacificando y post neo colonizando América Latina El Chile de Pinochet y Milton Friedman ordoliberal	245
2	Opciones contestarias de subjetivación	263
3	El conflicto como catalizador de nuevos esquemas de cooperación	269
4	La cultura nacional reducida a costos de transacción contractual	274
4.1	El racismo y la cuestión de nuevas identidades	276
4.2	Indicadores – <i>economic performance</i> – del Banco Mundial	282
CAPÍTULO 5 – LA SOLIDARIDAD RESIGNIFICADA EN SUBSIDIARIEDAD		284
1	La solidaridad gradual como subsidiariedad de existencia mínima	287
2	La solidaridad como ‘activo de seguridad’ ordoliberal	289
3	La solidaridad constreñida al espacio del mercado	294
4	Interacciones entre agentes <i>catalácticos</i> y agentes <i>bisognosi</i>	296
5	El ciudadano devenido ‘consumidor’	305
6	A modo de síntesis: ¿Por qué la Konrad Adenauer Stiftung?	312
III PARTE –DIMENSIÓN NORMATIVA ORDOLIBERAL EN LA REPÚBLICA DEL PERÚ		
CAPITULO ÚNICO– DIMENSIÓN NORMATIVA ORDOLIBERAL EN LA REPÚBLICA DEL PERÚ		321
1	El reconocimiento ordoliberal en las constituciones políticas peruanas – 1979/1993	322
1.1	La constitución política peruana del año 1979	324
1.2	La constitución política peruana del año 1993	331

1.3	Ordoliberalización comparada y circulación del modelo	347
2	Breve análisis del Código de Protección y Defensa del Consumidor peruano	357
2.1	La autoridad competente y el Derecho de la competencia	362
2.2	La asimetría informativa y el derecho de la información	375
2.3	La democracia del mercado. Un juego entre intereses y derechos	379
2.4	La educación para el consumo. Un derecho ordoliberal irrenunciable	387
3	Conclusiones	390
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES		392
1	Conclusiones	392
2	Conclusiones en sentido estricto	396
3	Recomendaciones	397
BIBLIOGRAFÍA		398
TABLAS Y ANEXOS		
Tabla No. 1 – Miembros del Universo KAS por campos de ocupación América Latina		
Tabla No. 2– Relación de las oficinas de representación de la Konrad Adenauer <i>Stiftung</i> en América Latina y sus contrapartes nacionales. Incluye la información sobre los Programas regionales		
Anexo No. 1 – Financiamiento de partidos y fundaciones políticas, con mención europea		

ABSTRACT ESPAÑOL.

La tesis de investigación describe el mecanismo hegemónico de circulación y trasplante jurídico del pensamiento ordoliberal en América Latina, practicado por la fundación política alemana Konrad Adenauer. La Konrad Adenauer *Stiftung* viene presentada como un sujeto transnacional de Derecho privado, que realiza una labor de injerencia intelectual y de transculturación de las identidades autóctonas, vinculada a las prácticas postmodernas y postdemocráticas de la *governance* y del *soft law* en el espacio de la modernidad y de la pre modernidad latinoamericana. La tesis realiza una aproximación a varios textos constitucionales que han acogido la fórmula ordoliberal de la economía social de mercado, y valora las consecuencias del Derecho cooperativo como dispositivo biopolítico de dominación, de conformación y disciplinamiento de los comportamientos individuales, y de reproducción de las condiciones constitutivas del mercado concurrencial. Se demuestra en la tesis la afinidad y regularidad que existe entre los contextos militarizados, autoritarios y de crisis política con la asunción de la economía social de mercado como fórmula de transición y de legitimación. El ordenamiento jurídico peruano viene abordado a través del análisis de sus textos constitucionales y a través de la labor de reapropiación jurisprudencial del pensamiento ordoliberal que realiza el Tribunal Constitucional. El reciente Código de Protección y Defensa del Consumidor peruano se describe como un texto orientado a la corrección de la asimetría informativa que afecta el mecanismo de precios del mercado concurrencial, en aras de hacer eficiente el rol *cuasi* policial del consumidor, como dispositivo humano de selección *darwiniana*. El Código de Protección y Defensa del Consumidor viene valorado en su dimensión docente, orientado a educar a la masa de consumidores para la conformación de una demanda eficiente, de modo que el funcionamiento del sistema económico disminuya las probabilidades de riesgo y sus prestaciones sean calculables y predecibles.

ABSTRACT ITALIANO.

Il presente lavoro di ricerca descrive il meccanismo egemonico di circolazione e trapianto giuridico del pensiero ordoliberales messo in atto, in America Latina, dalla fondazione politica tedesca Konrad Adenauer. La Konrad Adenauer Stiftung si presenta come un soggetto transnazionale di diritto privato che svolge un'opera di acculturazione delle entità autoctone, vincolata alle pratiche postmoderne e postdemocratiche della *governance* e del *soft law*, nel solco della modernità e della pre-modernità latinoamericana. La ricerca ha ad oggetto l'analisi di alcuni testi costituzionali che hanno accolto la formula ordoliberales dell'economia sociale di mercato e la valutazione delle conseguenze del diritto cooperativo come meccanismo biopolitico di dominazione, di conformazione e disciplina dei comportamenti individuali, nonché di riproduzione delle condizioni costitutive del mercato concorrenziale. Tale ordinamento viene studiato attraverso l'analisi dei suoi testi costituzionali, nonché attraverso un'analisi dell'attività di riappropriazione giurisprudenziale del pensiero ordoliberales svolta dalla Corte costituzionale peruviana. L'attuale codice peruviano a tutela e difesa del consumatore sarà descritto come un testo diretto alla correzione dell'asimmetria informativa che incide sul meccanismo dei prezzi che regola il mercato concorrenziale, al fine di rendere efficiente il ruolo quasi di polizia assunto dal consumatore, in quanto dispositivo umano di selezione darwiniana dell'offerta di beni e servizi. Questo codice sarà, poi, analizzato nella sua dimensione didattica in quanto orientato

all'educazione della massa dei consumatori per la conformazione di una domanda efficiente, affinché il funzionamento del sistema economico riduca le possibilità di rischio e renda le sue prestazioni calcolabili e prevedibili.

ABSTRACT INGLÉS.

The thesis of this investigation examines the hegemonic mechanism of circulation and legal transplant of ordoliberalism in Latin America, as practiced by the German political foundation, Konrad Adenauer. Konrad Adenauer Stiftung is represented as a transnational private legal entity, which serves as an intellectual meddler that engages in the transculturation of native populations, linked to postmodern and postdemocratic practices of governance and soft law in the realm of Modernism and that of Latin American pre-Modernism. The thesis aligns with several constitutional texts that have taken into account the ordoliberal formula of the social free market while valuing the consequences of Cooperative Law as a biopolitical device for domination, a device of conforming and discipline individual behaviors, and as a way to recreate the constitutional conditions of the concurrent market. The Peruvian legal regulations are approached through the analysis of constitutional texts and the work of jurisprudent re-appropriation of ordoliberalism present in the Constitutional Tribunal. The recent Peruvian Consumer's Protection and Defense Code is described as a text directed to the correction of the informational asymmetry that affects the market prices of the concurrent mechanism for the sake of making efficient the role of the consumer quasi-police-like as a human device of Darwinist selection. The Consumer's Protection and Defense Code is valued in its educational aspect, directed as a means of educating the mass of consumers for the shaping of an efficient demand so that the functionality of the economic system decreases the probabilities of risk and its provisions are predictable and calculated.

DISEÑO METODOLÓGICO.

I – OBJETO DE ESTUDIO:

El objeto de estudio de la tesis es la actividad de trasplante jurídico ordoliberal que desarrolla la fundación política alemana Konrad Adenauer en América Latina, a través de la fórmula constitucional de la economía social de mercado, y su manifestación normativa en el ordenamiento jurídico peruano, en particular, a través del análisis de la Constitución política y el Código de Protección y Defensa del Consumidor.

II – PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN:

El problema de investigación se asumió en forma de pregunta ¿Cómo y cuáles son las consecuencias de la instrumentalización jurídica ordoliberal de la América Latina?

III – HIPÓTESIS:

La hipótesis de partida de la investigación, y que intenta demostrarse durante el desarrollo de la tesis, radica en que el amplio, heterodoxo e informal esquema de actividades que desarrolla la Konrad Adenauer *Stiftung* en América Latina se orienta hacia la legitimidad del orden jurídico cooperativo internacional y el esquema de la gobernanza económica mundial, en detrimento del ejercicio más pleno y democrático de las soberanías nacionales latinoamericanas y la genuina emancipación individual. La promulgación de normas jurídicas de protección y defensa del consumidor, legitimadas a través de la fórmula de la economía social de mercado, se integra a la dinámica sistémica liberista de promoción de un tipo de derecho cooperativo, de matriz autoritario y de raíces nacionalsocialistas alemanas, que determina sobre el funcionamiento organicista cooperativo de la sociedad regido por el principio de la competencia de mercado. Competencia de mercado como instrumento de dirigismo político que perpetúa y reproduce las reglas ordoliberales de dominación sistémica.

IV – OBJETIVOS DE INVESTIGACIÓN:

–El Objetivo general.

Se ha definido como objetivo general de la tesis el poder reconocer los circuitos de emisión – recepción del concepto de economía social de mercado, y su eventual trasplante político – jurídico en

América Latina, a través de la actividad que desarrolla la fundación Konrad Adenauer como agente estratégico global.

–Los Objetivos específicos.

Los objetivos específicos que se han asumido con el desarrollo de la tesis, han sido:

- 1 La valoración de la diversidad de enfoques analíticos, contextuales, institucionales y doctrinales en relación con la aplicación de la fórmula de la economía social de mercado.
- 2 La identificación de las manifestaciones jurídicas y las consecuencias de la aplicación de las políticas económicas y sociales ordoliberales en América Latina.
- 3 La divulgación de una visión crítica de la fórmula de la economía social de mercado, diferente a la fórmula irénica promocionada por la Konrad Adenauer *Stiftung*.
- 4 El análisis de las principales manifestaciones ordoliberales en el ordenamiento jurídico peruano.

V– NOVEDAD.

Por último, se proponen como novedades del discurso de la tesis, en el contexto latinoamericano, los siguientes aportes:

- El abordar, crítica y sistémicamente, el trasplante jurídico de la economía social de mercado como modelo constitucional alemán de gestión social, estratégicamente exportado/importado en América Latina. Su descripción como mecanismo de legitimación del *status quo*.
- La descripción estructural y funcional de la Konrad Adenauer *Stiftung* como mecanismo de dominación biopolítico y bioeconómico en América Latina, y agente de trasplante jurídico al servicio de los intereses generales de la gobernanza internacional, y en particular de los intereses geoestratégicos de la República Federal Alemana.
- La proyección de las más evidentes manifestaciones jurídicas del pensamiento ordoliberal en la República del Perú, en particular a través de la funcionalización del Código de Protección y Defensa del consumidor, en aras del funcionamiento del principio de la competencia como instrumento político, según los presupuestos organicistas y autoritarios del pensamiento ordoliberal.

PREMISAS DEL DISCURSO O DECLARACIÓN DE INTENCIONES:

I

El proceso de globalización es la unidad de referencia y síntesis ineludible para comprender la diversidad y la complejidad de la actual sociedad humana internacional, que ha evolucionado en un continuo proceso multidimensional¹ – ambiguo y desigual – durante los últimos doscientos años de predominio de gestión y de expansión mundial de la sociedad privada capitalista², que presumiblemente y falazmente obligan a considerar el espacio mundial – físico y virtual – como un espacio controlado, único, abierto y liso³, en constante reconfiguración según el signo de las relaciones de poder que se establecen entre sus actores⁴.

El proceso de globalización es mucho más que un proceso económico dominante, es un proceso desigual y heterogéneo de transformación político, cultural y social que emplea el sistema inter estatal para consolidar e intervenir en la orientación de los procesos sociales hacia la apertura económica global, y no precisamente orientado al desarrollo democrático y al incremento de las capacidades jurídicas institucionales nacionales. El proceso de globalización occidental es esencialmente un proceso de cambio cultural enmarcado en la transformación de los estados nacionales y en la reconfiguración de las soberanías, tomando siempre el referente ideológico del pensamiento neoliberal que viene dictado por las élites transnacionales – la clase de Davos⁵ – en un acelerado proceso de formación y de consolidación hegemónica liberista. La globalización económica como fenómeno social históricamente condicionado, se encuentra en el ADN del desarrollo del capitalismo mundial, y

¹ Walters, Mignolo, *Globalization*, Londres, Routledge, 1995. p. 6.

² Suele hablarse de la globalización como novedad, pero el fenómeno nace básicamente desde el inicio del dominio de la burguesía que emerge como clase revolucionaria para luego degenerarse en clase capitalista reaccionaria. Así lo registra el Manifiesto Comunista:“(…) *espoleada por la necesidad de dar cada vez mayor salida a sus productos, la burguesía recorre el mundo entero. Necesita anidar en todas partes, crear vínculos en todas partes. Mediante la explotación del mercado mundial, la burguesía dio un carácter cosmopolita a la producción y el consumo de todos los países.*”, Marx, Carlos, Engels, Federico, *Obras Escogidas de Carlos Marx y Federico Engels*, publicadas en tres tomos por Editorial Progreso, Moscú, 1973. Traducción al español Editorial Progreso, 1983. p.112.

³“*El espacio estriado de las instituciones de la sociedad disciplinaria cede el lugar al espacio liso de la sociedad de control.*”, Hardt, Michael, *La sociedad Mundial de Control*, 2008. p.1.

⁴ Tarrow, Sidney, *Globalization and Transnational Collective Action*, Working Papers Centro de Estudios Avanzados en Ciencias Sociales 1996/78, Madrid, Instituto Juan March, 1996.

⁵ George, Susan, *Sus crisis nuestras soluciones*, Icaria Editorial, Tercera edición, 2010.

se presenta como un proceso continuo de rupturas y de consolidaciones por grados y etapas históricas⁶.

Los análisis y los estudios sociales especializados de la realidad global del siglo XXI aún mantienen su vigencia y su fuerza, potencialmente redentoras y emancipatorias, porque a pesar de las fuertes tendencias políticas totalizantes, de las fuerzas uniformantes de la práctica económica y de la contingencia de lo urgente y de lo transitorio en la esfera de la política, no han sido hasta ahora suficientes para que los miembros de la sociedad global asuman acrítica y pasivamente el curso de los acontecimientos bajo el prisma teleológico del inexorable avance hacia una comunidad humana universal⁷, normativa y reglada, carente de un significativo carácter conflictivo y emancipatorio. He aquí la ambigüedad del proceso histórico social de la humanidad, que pendularmente vuelve a refugiarse en la razón, la naturaleza y el espíritu humanos para intentar escapar del artificio de la racionalidad económica, del pragmatismo y del cálculo utilitarista que sofocan la libertad social y la más plena realización personal y colectiva⁸.

II

El análisis interdisciplinario que propone la lectura del texto es el siguiente:

En la Primera parte se aborda un discurso contextual que integra el conocimiento desde varias disciplinas de las ciencias sociales, para lograr un acercamiento analítico, normativo y axiológico a la ciencia jurídica, valorando las implicaciones de la inter relación de las dinámicas del orden político y del orden económico de la sociedad global. La redacción de la Primera parte gira, en buena medida, alrededor de la constitución y de la gestión de las relaciones humanas desde el vértice del poder, en el cual participa la fundación Konrad Adenauer en su condición neocorporativa de ‘actor privado transnacional’ con fuertes vínculos de dependencia financiera con el estado de la República Federal Alemana, y de pertenencia ideológica al partido Unión Demócrata Cristiano alemán (CDU). El estudio

⁶ Ferrarese, Maria Rosaria, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Il Mulino, 2000. p. 12.

⁷ “[...] la idea de que la globalización incorpora alguna lógica histórica predeterminada que conduce inexorablemente hacia la creación de una sociedad mundial o alguna forma de gobierno mundial es simplemente insostenible. La evidencia histórica está contra esa idea. La globalización estimula fuerzas de oposición que podrían conducir a un mundo crecientemente fragmentado ya que el incremento de la conciencia mutua y de las interacciones entre sociedades, podría simplemente sembrar la semilla de la discordia y de la tensión”, McGrew, Anthony, *Conceptualizing Global Politics*, en Anthony McGrew y Paul G., Lewis (eds.), *Global Politics. Globalization and the nation State*, Cambridge, Polity Press, 1992. pp. 1–28.

⁸ “La dialéctica moderna del adentro y el afuera ha sido sustituida por un juego de grados y de intensidades, de hibridación y de artificialidad”, Hardt, Michael, *La sociedad Mundial de Control*, cit. p.2.

de la actividad de la Konrad Adenauer *Stiftung* se ha concentrado en el subcontinente latinoamericano, aunque la dinámica del texto puede ser extrapolada al resto de los contextos geográficos, considerando genéricamente las manifestaciones globales de las prácticas del poder transnacional.

La Primera parte describe la vinculación de la Konrad Adenauer *Stiftung* a la política exterior de la República Federal Alemana como vehículo portador de un *soft power*, altamente eficaz y comprometido con su labor de transculturación ideológica, de trasplante jurídico y de difusión del modelo de gestión social denominado ‘economía social de mercado’. La economía social de mercado es un modelo ‘irénico’ de gestión social *made in Germania*⁹, que se presenta como contribución *ordoliberal* de reforma jurídica, económica, política y social al inestable orden liberista capitalista global, y se halla fuertemente asentado sobre los presupuestos formales de legalidad y de legitimidad del ‘Estado de derecho’ y del ‘Estado social’¹⁰.

La propuesta de la Primera parte es la descripción genérica de las facetas más importantes de la actividad intelectual que desarrolla la Konrad Adenauer *Stiftung* en América Latina, orientada a la constitución, a la sustitución y a la reconversión de las subjetividades individuales y colectivas autóctonas. Por demás, el discurso de la tesis describe la organización cooperativa público–privada de la Konrad Adenauer *Stiftung*, tanto a nivel continental como a nivel nacional, y se identifican sus distintos *partners* nacionales, enunciándose la importantísima labor editorial que desarrolla a nivel continental la Konrad Adenauer *Stiftung* como intelectual orgánico ordoliberal.

El discurso sostenido en la Primera parte del texto sistemáticamente aborda el estudio de la Konrad Adenauer *Stiftung* como una empresa de producción de subjetividades, individuales y colectivas, lo cual permite desarrollar posteriormente la cuestión de la modalidad inclusiva ordoliberal de

⁹ “La economía social de mercado es más que un sistema económico. Es un modelo social. Provee condiciones marco donde las fuerzas creativas de los individuos se pueden desarrollar conjuntamente. Con ello la economía social de mercado es el orden socio-económico de la democracia liberal. Porque se apoya en el mismo impulso que la constitución del Estado: se preocupa por la protección de la dignidad y de la libertad del hombre ante abusos del Estado y arbitrariedades de sus semejantes. De ahí que contribuye esencialmente a la estabilidad interna de la sociedad.”, El programa de bases programáticas, aprobado por la Convención nacional de la Unión Demócrata Cristiana de Alemania (CDU), en Hannover, 3-4 de diciembre de 2007. p. 32. Disponible en, http://www.kas.de/upload/themen/programmatik_der_cdu/programme/2007_Hannover_Freiheit-und-Sicherheit_spanisch.pdf

¹⁰ “Social market economy represents no more than the latest phase of a restless reform of the economic order determined by the transition from bourgeois to a capitalist society, that is, by the interaction or clash of the French Revolution and the Industrial Revolution.”, Somma, Alessandro, *At the roots of European private law: social justice, solidarity and conflict in the proprietary order*, en *The Many Concepts of Social Justice in European Private Law*, elaborado por, Hans W. Micklitz, Edward Elgar Publishing Ltd., 2011, p. 188.

discriminación al interno de una concepción organicista de funcionamiento total de la sociedad. Las breves consideraciones sobre el *homo* ordoliberal como individuo ‘sistematizado’ – absorbido por el sistema ordoliberal de gestión social – permiten desarrollar un modelo individual de comportamiento sistémico y contraponerlo a la visión de un sujeto social capaz de transformar la realidad que le circunda. Esta misma lógica sistémica ordoliberal de inclusión de los valores sociales, permite enunciar en el texto la reducción de los confines de la solidaridad que queda contenida en los principios constitucionales de funcionamiento del mercado y en su resignificación por medio del principio jurídico de la subsidiariedad del Estado ordoliberal.

La idea de que la cooperación y el conflicto son dos estados sociales estables y alternantes en las relaciones humanas¹¹, permite desarrollar en el texto la evidencia *foucaultiana* de identificar quiénes están interesados en promover las reglas jurídicas de la cooperación entre las clases sociales como condición de sostenibilidad sistémica y de reproducción de las diferencias. Y quiénes deben exaltar la búsqueda de las nuevas normas jurídicas que regulen el conflicto democrático, orientado a catalizar un cambio más justo del sistema social, tanto como una opción legítima, como una cuestión de necesidad vital de las mayorías. La cooperación jurídica e institucional en el vértice del poder mundial, como mecanismo de reforzamiento del *establishment* y la asunción del modelo ordoliberal de gestión social como *second best solutions*, permite valorar el mecanismo de trasplante jurídico como un eslabón estratégico de la cooperación ordoliberal a nivel global, orientado a la conformación de un pragmático y heterodoxo mecanismo de dominación, de pacificación y de reproducción de las diferencias sociales.

La Segunda parte de la tesis – la más extensa – aborda la estrecha vinculación existente entre los conceptos de *governance*, de *soft law* y de economía social de mercado (*soziale Marktwirtschaft*), en tanto y en cuanto confluyen dinámicamente para conformar un ‘orden jurídico global’ que garantiza la gobernabilidad total en un ambiente ordoliberal de sostenibilidad y de organicidad del modelo social capitalista a escala global. Se enfatiza en el texto como este ‘trinomio perfecto’ de gestión global asimila difusamente, predictivamente y de manera heterodoxa todas las divergencias sociales, propias de las diferentes condiciones ‘locales’ de existencia humana como vías de legitimación del poder global y de sofocación del conflicto social.

¹¹ “Ya que todos tenemos las mismas necesidades, otros miembros de nuestra especie son nuestros más temibles rivales – en nuestra competencia por vivienda, empleo, pareja sexual, comida, ropa, etcétera. Pero también constituyen nuestra única fuente de ayuda, amistad, asistencia, aprendizaje, atención y protección. Lo que significa que la cooperación de nuestras relaciones sociales ha sido siempre vital para nuestro bienestar material.”, Wilkinson, Richard, *Mind the Gap: Hierarchies, Health and Human Evolution*, serie Darwinismo hoy, Londres, 2000. p. 67.

La Segunda parte de la tesis, sin hacer propiamente una reconstrucción, realiza un amplio recorrido por las cuestiones históricas del pensamiento ordoliberal, abordando cuestiones normativas de las distintas Constituciones nacionales que han asumido la forma ordoliberal, enmarcadas en procesos de crisis y de transiciones políticas, las más de las veces en sentido autoritario. Igualmente, enfatiza en las cuestiones de la construcción racionalista de las subjetividades ordoliberales, definiendo los rasgos generales del *homo* ordoliberal como eslabón individual, diseñado para ser funcional a la conservación y funcionamiento del sistema, y a su vez, los matices discriminatorios que incorpora el sistema. Por último, se abordan las consideraciones de la solidaridad como valor constreñido al interno del mecanismo del mercado, y la cuestión del principio de la subsidiariedad como elemento rector en el funcionamiento del Estado ordoliberal en el cual queda inserto el sujeto consumidor.

La Tercera parte de la tesis pudiera ser considerada un estudio de caso jurídico, valorizando el contexto social crítico latinoamericano. Es la concreción normativa de toda la valoración realizada en las dos primeras partes de la tesis, centrada en el análisis de la evolución de las dos últimas Constituciones políticas peruanas y la valoración del Código de Protección y Defensa del Consumidor, aprobado en el mes de septiembre del año 2010 en la República del Perú. Esta Tercera parte de la tesis se centra sobre la cuestión de la instrumentalización del sujeto consumidor como soberano del mercado, que debe ser educado y preparado para realizar el acto del consumo y practicar una demanda eficiente¹², de una manera responsable y ecológicamente sostenible, de modo que contribuya con su información esencial al funcionamiento del mecanismo de precios de la competencia del mercado y al dispositivo *darwiniano* de selección natural que reconoce a los actores económicos más aptos el derecho a sobrevivir en un contexto de competencia global, según las reglas del juego de la *catallaxia hayekiano* que dispone que las remuneraciones del mercado libre – sean cuales sean – son siempre las justas¹³.

¹² “*Social market economy is a systemic order in so far it does not take care of individual need. It is supposed to protect the consumer by enhancing his self-determination, but the interest in making informed choices, investing time and energies comparing different goods and services, is just a systemic one. This activity is necessary to determine an efficient demand, which is, in turn, necessary to select supply within the competitive mechanism.*” Somma, Alessandro, *At the roots of European private law: social justice, solidarity and conflict in the proprietary order*, cit., p. 188.

¹³ “*Tutto ciò induce a chiedersi cosa potrebbe succedere al sistema della catallasi se le informazioni di cui dispongono gli individui, ed i fini che perseguono, fossero tanto diversi da dar vita ad un sistema di prezzi così diversificato e frammentato da non costituire più un modello di orientamento.*”, Cubeddu, Raimondo, *Soft law e hard law nella prospettiva dell’Austro-liberalismo*, en Somma, Alessandro, *Soft Law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009. p.47.

Para intentar implementar coherentemente la propuesta de discurso reseñada, se necesita de un enfoque metodológico que abandone la perspectiva dominante desde posiciones nacionales, para asumir un enfoque complejo y una ‘perspectiva cosmopolita’¹⁴, que integre el conocimiento desde disciplinas diversas que abordan la misma realidad social. De este modo y en consecuencia, se abandona, tanto la ‘perspectiva positivista’ de la modernidad que propugna la visión estática, normativa y ordenada de la sociedad¹⁵, así como la ‘perspectiva funcionalista’ practicada desde el Análisis económico del derecho que propugna una visión reduccionista de la sociedad humana, constreñida a la eficiencia productiva y a la práctica fetichista del mercado como elemento político uniformador, disciplinante y legitimante – mercado como lugar de ‘*veridizione*’, de producción y de conformación de las normas de comportamiento social – en virtud de las leyes de la optimización económica.

III

Aunque se encuentra en la raíz del texto, el discurso propuesto no se detiene en la crítica moderna sobre la cuestión de la marcada desigualdad material y la disfuncionalidad de la realidad social periférica por la que atraviesan millones de seres humanos *tercermundistas no consumidores* – disfuncionalidad social que se muestra aún más acusada en la época de los globalismos multiformes –¹⁶. Estos seres humanos *tercermundistas*, no plenamente globalizados y asimilados al orden económico global, son considerados desde la élite del poder como potenciales ciudadanos consumidores globales, que deben ser ‘liberados económicamente’ – y no necesariamente desde la óptica de los derechos civiles y de las libertades políticas de la más genuina democracia – y deben ser incorporados de manera más intensa y subsidiaria al tráfico económico y al consumo de masas, de modo que desde el plano nacional, se potencie y se contribuya a las fuerzas y recursos del propio sistema mercantilista global, siempre necesitado de más y de mejores actores que alimenten la lógica sistémica capitalista de división internacional del trabajo, propio de la dinámica de dominación cooperativa centro – periferia .

El proyecto del ‘nuevo multilateralismo’ del orden jurídico internacional del siglo XXI bajo la égida unilateral neoliberal estadounidense, respaldado por el haz de líneas de pensamientos que conforman

¹⁴ Beck, Ulrich, *La società cosmopolita. Prospettive dell'epoca post nazionale*, Bologna, Il Mulino, 2003.

¹⁵“La crítica al nacionalismo metodológico no debe conllevar al error de la tesis sobre el fin de los estados nacionales. No necesariamente la crítica a la forma de metodología nacional es una forma de promover la eliminación del estado – nación. ”, Beck, Ulrich, *The analysis of Global inequality: From national to Cosmopolitan perspective*, Bologna, Il Mulino, 2003. p.45.

¹⁶ Giddens, Anthony, *Consecuencias de la modernidad*, Madrid, Alianza Universidad, 1993, p. 68.

una pluralidad de corrientes que convergen en la ideología liberista, hacen necesario y justifican la realización de estudios sociales críticos e integrales que describan, denuncien, alerten – y cuanto menos aporten nuevos elementos de juicio y de valoración – sobre el orden económico, político y social imperantes, para que de algún modo contribuyan con elementos teóricos y prácticos al digno oficio de repensar realidades y posibilidades alternativas que permitan enfrentar la desigual realidad establecida por los dispositivos sistémicos de la tecnología del poder en los que se apoya.

El discurso propone un análisis dinámico que vaya del punto de vista del sistema al punto de vista del actor social, y un posible retorno a la transformación del sistema a través de la acción contestataria, indignada y rebelde, desde la responsabilidad de los sujetos sociales. El discurso prioriza en su estudio la posición del individuo históricamente condicionado pero no pesimistamente determinado, que en el curso de su mera y efímera existencia espacio-temporal, queda sometido sistemáticamente a constantes acciones de subjetivación y de desubjetivación – las más de las veces sutiles, transparentes e invisibles –, que determinarán su sujeción a determinado *ordine* y en buena medida condicionarán el curso de los acontecimientos sociales colectivos.

El texto desliza la idea de que la visión ‘material del capital’ – y del resto de los derechos reales – es mucho más conservadora y condicionadora de los sucesos y oportunidades históricas, que aquella visión individual que se encuentra aislada y contenida por su propio ciclo biológico humano. Esta cuestión significa un verdadero valladar para la acción transformadora social colectiva intergeneracional, por cuanto el capital y la propiedad privada – consustanciales al origen del *ordine proprietario* de la sociedad burguesa – se transmiten por vía hereditaria como mecanismo de continuidad y de reproducción del *status quo*. Pero no sucede lo mismo con las experiencias vitales y las lecciones aprendidas y aprehendidas por parte de la ‘masa operaria y la sociedad civil’ involucrada en la resolución del conflicto social. La genuina transmisión individual y colectiva de la experiencia social en la confrontación democrática colectiva por la conquista de los derechos sociales, como herencia histórica humana, está sometida a muchas más vicisitudes y precariedades que la transmisión jurídica de la propiedad privada y demás derechos reales.

La cuestión sobre el análisis del Derecho se centra en la valoración del ‘Derecho del consumidor’ al interno de un ambiente constitucional cooperativo e institucional ordoliberal, como elemento disciplinante, integrante y orgánico de la dinámica de gestión del orden social, vinculado a un tipo de solidaridad contractual que deviene en un tipo particular de reducida solidaridad social, que actúa sobre la propia estructura de la sociedad y el comportamiento individual, forzándolos a cooperar en

sentido ordoliberal, reproduciendo las condiciones materiales y jurídicas de funcionamiento del mercado, pero con limitadas capacidades de redistribución más justa de la riqueza social. El texto propuesto enfatiza en la modalidad de la justicia contractual conmutativa, propia del derecho privado, que condiciona y constriñe los pactos y las voluntades privadas individuales a partir de las diferencias estructurales de los contrayentes al interno de una relación jurídica en el espacio omnipotente del mercado, y que a su vez excluye la posibilidad de la aplicación de los principios políticos que pueden incidir en una mayor igualdad sustancial de la relación contractual, orientada a la genuina igualdad en sentido emancipatorio del sujeto considerado estructuralmente débil.

IV

Es objeto de crítica en la tesis la educación postmoderna para el consumo, que viene abordada sistemática y disciplinadamente por los Códigos de defensa de los consumidores en un ambiente de hegemonía cultural neoliberal, caracterizado por una forma de totalitarismo postideológico¹⁷, por cuanto la enseñanza como método de dominación no se limita a la mera cuestión de dirigir por el camino de la mansedumbre a un rebaño humano ya manso culturalmente y diferenciado patrimonialmente, sino el de emprender *gramscianamente* la crianza sistemática de seres humanos que se ajusten sin reserva, y reproduzcan sosteniblemente, este proyecto social ordoliberal funcionalmente ‘ordenado’. Para ello, en términos *foucaultianos*, la función virtuosa de la hegemonía del poder no es la de prohibir, sino la de producir placer, de modo que la educación jurídica de ‘las multitudes’ se convierte en un mecanismo de aceptación de aquello descrito por SLOTERDIJK como ‘fascismo de entretenimiento’¹⁸ o imperialismo del placer. “*Virtud es para ellos lo que vuelve modesto y manso: con ello han convertido al lobo en perro, y al hombre en el mejor animal doméstico del hombre*¹⁹ .”

¹⁷ “*Eppure il razzismo sopravvive, se non altro come pratica istituzionale, volta ad alimentare logiche gerarchiche, e soprattutto come pratica culturale ed economica, finalizzata a imporre logiche di differenziazione: le prime più consone a un sistema economico incentrato sullo sfruttamento coloniale, le seconde più idonee a disciplinare l’importazione di forza di lavoro. Si assiste cioè al passaggio dell’inferiorità biologica all’inferiorità culturale ed economica come criterio di disciplinamento sociale attraverso il razzismo. Del resto, se la modernità produce razzismo e questo si fonda sulla paura del diverso, quella postmoderna è una condizione caratterizzata della ‘ubiquità della paura’. E proprio sulle paure si regge l’azione biolitica di difesa della società, sempre più strumento per l’imposizione del totalitarismo post ideologico.*”, Somma, Alessandro, *economia di razza. dal fascismo alla cittadinanza europea*, Ombre Corte, ottobre, 2009. p. 118.

¹⁸ Sloterdijk, Peter, *Reglas para el parque humano*, Ediciones Siruela, Madrid, 2000.

¹⁹ “*Virtud es para ellos lo que vuelve modesto y manso: con ello han convertido al lobo en perro, y al hombre en el mejor animal doméstico del hombre. Nosotros ponemos nuestra silla en el medio - esto me dice su sonrisa complacida - y a igual distancia de los gladiadores moribundos que de las cerdas satisfechas. Pero esto es - mediocridad: aunque se llame*

En ese contexto general de meta discurso sobre la subjetivación ordoliberal del individuo, insertado en el esquema jurídico institucional de globalización neoliberal, el análisis se centra en la funcionalización del Derecho y en particular en la funcionalización que recibe el ‘Estado social de derecho’, desde el pensamiento y las prácticas ordoliberales, en desmedro tanto del genuino ‘Estado social’ como del clásico ‘Estado de derecho’.

El discurso de la tesis se centra en describir la categoría instrumental que asumen términos sustantivos de ‘sentido común’ como pueden ser la cooperación, el individualismo y la solidaridad, que emergen de un sistema capitalista ordoliberal de producción material y de producción de valores sociales, para convertirse en instituciones esenciales muy cercanas a la edificación de un ‘proyecto totalitario y orgánico’ de funcionamiento individual y colectivo de la sociedad. De modo que expresiones como la ‘cooperación ordoliberal’, el ‘individualismo altruista’ y la ‘solidaridad subsidiaria’ quedan determinadas por adjetivos que condicionan el verdadero contenido de los términos, que otrora fueron de sentido común.

El pensamiento jurídico ordoliberal en su constante renovación y actualización, como expresión de un ‘capitalismo irénico, global y ordenado’, conforma a su vez el Derecho de protección al consumidor como mecanismo jurídico de asimilación, en la medida que actúa sobre la estructura de las preferencias de cada individuo, y hace que la interdependencia de acción de cada uno dependa de la decisión de acción de todos, a través de la *pseudo* resocialización del proceso del mercado²⁰ y de la aplicación de mecanismos similares de asimilación social a través de la coacción *soft*, segmentariamente corporativa y cercana a la modelización de interacciones humanas de agentes asimétricos, propia de esquemas y de estrategias aplicadas desde la ‘teoría de juegos’.

El discurso de la tesis asume que la fuerza motora del capitalismo no son los 7000 millones de habitantes del planeta, sino que el capitalismo mundial se mueve por la fuerza intelectual y de gestión patrimonial de unas ‘decenas de miles de arquitectos e ingenieros sociales’, que conforman la *élite*

moderación.”, Nietzsche, Friedrich., *Así habló Zaratustra*, «De la virtud empequeñecedora». Disponible en, http://www.laeditorialvirtual.com.ar/pages/Nietzsche/Nietzsche_Zarathustra_03.htm#_Toc124099252

²⁰ “*La desocializzazione dell’economia è insomma un fenomeno tipico del passaggio dalla società preindustriale alla società industriale, la prima incentrata sulla valenza emancipatoria del lavoro, la seconda sulla necessità di rendere visibile l’ordine proprietario per finalità relative all’incipiente processo di standardizzazione delle relazioni del mercato. (...) La mano visibile non veniva cioè invocata per recuperare l’ordine alla sua funzione iniziale, bensì per alimentare il suo equilibrio e il suo sviluppo in chiave autoreferenziale.*”, Somma, Alessandro, *Democrazia economica e Diritto privato. Contributo alla riflessione sui beni comuni*, in corso di pubblicazione, en *Materiali per una storia del pensiero giuridico*, 2011. p. 5.

capitalista e inducen y mueven – gradual y mecánicamente – a millones de seres humanos. El texto de la tesis refleja que la construcción racionalista y no espontánea del orden jurídico capitalista como sistema de gestión social, es una ‘huida hacia adelante en una carrera frenética para llegar a ningún lado’, que intenta justificar el ‘productivismo’ por el ‘bien común’; y la sobrevaloración de los intereses y los objetivos particulares de unos pocos miles de ciudadanos emprendedores, al costo de la subestimación de las carencias de millones de personas devenidas consumidores de necesidades, que pueden practicar formalmente el ejercicio jurídico de autonomía de la voluntad en el reducido espacio de la libertad individual, constreñida por el estado material de necesidad. Son ellos – la *élite de Davos* – quienes diseñan, construyen y marcan el derrotero de lo que se debe entender por desarrollo y por progreso social; son ellos – en un número de decenas de miles de arquitectos sistémicos e ingenieros sociales – los que concentran la experiencia, la inteligencia y los recursos materiales para tomar las mejores decisiones y las resoluciones de muchos de los problemas previamente fabricados, por ellos mismos. Ellos – en un número de decenas de miles son ‘*constructores de crisis*’ – constituyen la élite del capitalismo que se proyecta coherentemente como ‘el difuso gobierno mundial’.

El análisis que se propone valoriza el estudio de los micro procesos locales y de los acontecimientos cotidianos en el contexto social latinoamericano, como variables conexas al proceso de globalización jurídica – que en muchas ocasiones es sinónimo de ‘americanización estadounidense’ – liderada por macro actores globales estratégicos que ha de permitir a través de su descripción, evidenciar las potencialidades de la silenciosa diversidad y de la asimilada heterogeneidad que aún subsisten ²¹, como eventuales herramientas de contrapoder y reservas naturales del medio social, que pueden articularse dialécticamente para afrontar el cambio, la transformación y eventualmente establecer la decisión de modificar el camino a edificar, entre los destinos posibles. Esto último – el destino posible y a diferencia de un destino manifiesto– , ya no como el resultado de la premura impuesta por una forzada e imperiosa necesidad material – *libertà dal bisogno* – ²², sino como consecuencia de la urgencia de una mayor y más profunda libertad de elección que incorpore la opción de cuestionar y cancelar el impuesto modelo de desarrollo y progreso humanos, actualmente centrado únicamente en el

²¹ “*La vicenda costituisce un caso particolarmente evidente di falsa omologazione che si produce in un contesto di globalizzazione: l'apparenza è quella di un'assimilazione, in realtà, al di là di questo, "equivoco" ogni aggregato sociale dà una risposta locale, adattando la misura comune alle proprie esigenze e alla propria cultura.*”, Ferrarese, Maria Rosaria, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, cit. p. 19.

²² “*Al crollo dal fascismo la libertà è invece intesa anche come libertà dal bisogno, indipendente dal volume proprietario acquisito tramite il lavoro.*”, Somma, Alessandro, *economia di razza. dal fascismo alla cittadinanza europea*, cit., p. 128.

funcionamiento del mercado y en el crecimiento económico como elementos de racionalidad que superan el mismo ‘orden de la razón’²³.

El texto defiende que se impone, más que un cambio del tipo de racionalidad – racionalidad entendida como una interpretación de la razón reducida a *calculus ratiocinator* que ciertamente produjo, a su pesar la ilustración moderna –, una vuelta a ‘la razón’ que establezca un cambio de destino a partir de una visión genuinamente solidaria de la humanidad²⁴.

V

En los tiempos actuales en los que parece primar en las ciencias sociales el principio *webberiano* de ‘exención de valoración’, que postula la neutralidad axiológica de los enunciados científicos, la crítica radical ha perdido su espacio de legitimidad y sus canales de difusión han sido ocupados por una vulgar relativización y ‘mercantización’ de los valores, al punto de que no es concebible realizar un discurso científico desde la crítica ética y partidista sin ser tildado por una vulgaridad relativista subjetiva. Existe una mutua y funcional transferencia simbiótica, favorable al mantenimiento del *status quo*, entre ‘la tesis de la neutralidad del ejercicio de la ciencia y la tesis de la irracionalidad práctica de los juicios de valor’.

El eclecticismo, como expresión de una *terza via* portadora de infinitud de posibilidades, responde como fórmula mediadora y salvadora de los más acuciantes e irresueltos conflictos humanos. El ‘sistema mundo’ ha continuado complejizándose y quizá la ciencia social en su conjunto, como resultado de una propia crisis de identidad, haya perdido la capacidad de síntesis de antaño y haya retrocedido en la formulación de nuevos diseños teóricos ajustados a las necesidades sociales contemporáneas²⁵. Casi todas las respuestas que emergen desde las ciencias sociales evitan asumir un

²³ "El privilegio explicativo de la racionalidad se basa en dos razones: [...] la racionalidad está supuesta por cualquier teoría de la motivación, mientras que la racionalidad misma no supone nada más [y] aunque la racionalidad puede tener sus problemas, la oposición está en peores condiciones", Elster, Jon, *Juicios Salomónicos. Las limitaciones de la racionalidad como principio de decisión*. Barcelona: Gedisa. 1989. p. 34.

²⁴ Apel, Karl Otto, *Fallibilismus, Konsenstheorie der Wahrheit und Letztbegründung*, en *Forum fur philosophie bad homburg*(Hrsg.), *Philosophie und Begründung*, Frankfurt a.M., Suhrkamp (stw 673), pp. 116-211. Traducción castellana: "falibilismo, teoría consensual de la verdad y fundamentación última", en *Teoría de la verdad y ética del discurso*, Paidós, Barcelona, 1991.

²⁵ "No es una simple coincidencia que precisamente cuando el modelo teórico del liberalismo tropieza con gravísimas dificultades arrecien los anuncios que hablan de la definitiva superación del marxismo. Tan profunda es la crisis del pensamiento liberal que los asuntos que hoy obsesionan a sus herederos intelectuales son nada menos que los grandes temas de la tradición marxista: la contradicción entre capitalismo y democracia, esto es, entre la acumulación monopólica y la legitimidad popular, el Estado y la burocratización, el problema de la ingobernabilidad de la sociedad

compromiso crítico con la acción de la transformación social colectiva y se refugian en la explicación de las diferencias relativas de grados de observación de la realidad, para con ello consentir, tácita o veladamente, la propia realidad centrada en la acción individual incapaz de alterar el *status quo*.

La paradoja de estos tiempos *post* bivalentes está en que, una vez abandonado el ‘materialismo dialéctico’ como método moderno para abordar el estudio del conflicto social y el análisis de la realidad, válido para alcanzar la síntesis de la unidad del fenómeno social, es que no obstante se recupere tácita y distorcionadamente por un significativo número de pensadores y de analistas de matriz liberista, la categoría dialéctica de ‘unidad y lucha de contrarios’ como vía *postmoderna* para abordar el estudio de la dinámica social representada por la diversidad y la pluralidad, que nunca queda sintetizada en la unidad del fenómeno social y en la concatenación de la multiplicidad de las causas y sus efectos. Aún cuando desde el discurso ‘postmoderno’ – sin un referente unívoco desde las ciencias sociales en cuanto a su naturaleza y profundidad –²⁶, se reconoce la diversidad a cambio de anular la ‘lucha de contrarios’. El postmodernismo postula la aceptación de los opuestos, y promueve la anulación del conflicto como vía de resolución de las diferencias en las interacciones sociales – personales, nacionales y globales –, en el marco de una forzada y funcionalizada cooperación social orientada ideológicamente a la promoción de un tipo de comportamiento social, individual y colectivo, regido por un tipo de ‘egoísmo racional sostenible’ elevado al rango de ‘sentido común’.

El discurso sostenido en el texto pretende recuperar y renovar la idea del conflicto coherente y de la crisis democrática²⁷ – la inclusión del conflicto como aspecto constitutivo de las relaciones sociales y

civil, la crisis de las ideologías y los procesos de desintegración del bloque histórico, y, por último, la dialéctica del realismo y la utopía en los proyectos de transformación social. Keynes dijo una vez que los hombres que se creen muy prácticos suelen ser esclavos de algún economista muerto hace varios siglos. Tengo la impresión de que los teóricos posmodernos están sometidos al mismo tipo de esclavitud, que los mantiene rumiando los temas cardinales del pensamiento marxista mientras refunfuñan contra su amo.”, Borón, Atilio A., *Estado, capitalismo y democracia en América Latina*. Capítulo IX. *Tras el diluvio siempre sale el sol. La teoría política marxista entre las transformaciones del capitalismo y el derrumbe de los "socialismos realmente existentes*. CLACSO, Buenos Aires, Argentina. 2003. p. 222. Disponible en, <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/estado/prologos.pdf>

²⁶ “ (...) *Cosa dovremmo pensare, ancora, di ‘moderni’ come Hume, Weber, e Wittgenstein: che si tratti di postmoderni ‘avant la lettre’ oppure, proprio al contrario, che siano i postmoderni a restare moderni senza saperlo, ossessionati come sono dal problema della perdita del fondamento?*.”, Minda, Gary, *Teorie postmoderne del diritto*, Presentazione da Mauro Barberis. Il Mulino. 2001. p. XV.

²⁷ “*crisis(...)* la palabra trasmite un sentido de antes y después, una acumulación de tensión, y un paso más corto y brusco entre posibles caminos, la encrucijada crítica que determina el futuro”, George, Susan, *Sus crisis nuestras soluciones*, cit. p. 15.

de análisis al interior del campo social ²⁸ – que había cumplido hasta recientemente una función de definición de la subjetivación y que ha estado en el centro de los mecanismos de resolución en el espacio de la modernidad, en cuanto espacio de autonomía y de emancipación ocupado por la lucha de clases y la confrontación *neocolonial*. Conflicto coherente considerado actualmente desde la élite de la gobernanza como anticuado y superado por la concepción conciliatoria de la cooperación *inter* clases sociales.

Para ello, el discurso se debe estructurar en términos hegelianos e hilvanar el movimiento de una ‘dialéctica de las contradicciones’, más allá del simple maniqueísmo de las negaciones y de las distinciones absolutas, y superar – cuanto menos denunciar – la estrategia de gestión del biopoder orientada a un universo cooperativo postmoderno de relaciones sociales desubjetivadas, ausente de contradicciones e ideas políticas, sumido en un diálogo corporativo ordoliberal marcado por el interés individualista del consumo y por los intereses de la economía global. Estrategia ordoliberal que incluye la herramienta de la ‘política del Derecho’, capaz de uniformar el desigual comportamiento humano a través del consentimiento viciado de la aceptación cultural del modelo global de consumo occidental, en una visión organicista de la sociedad postmoderna que reprime el mecanismo democrático de resolución a través del conflicto²⁹, sustituyéndolo por la instrumentalización de una forzada cooperación centrada en la simulación y en la reducción de los modelos de comportamientos humanos, ahora proyectados a nivel global.

En este sentido puede establecerse una identificación entre la idea inclusiva de la globalización – ausencias de divisiones y exclusiones entre adentros y afueras, que hacen potencialmente soslayable el ejercicio político y jurídico ‘moderno’ del atributo estatal de la soberanía nacional³⁰, por cuanto en la

²⁸“(…) los exponentes de la teoría del conflicto identifican muchos elementos sociales que contribuyen a la desintegración y al cambio.”, [Dahrendorf, Ralf](#), *Sociedad y sociología*. 1963. p. 37.

²⁹ “Il ritorno di una concezione organicista della società, che reprime il conflitto sociale – e dunque il rischio che la riforma del liberalismo economico si leghi in modo inscindibile con l’affossamento del liberalismo politico – è inesorabilmente destinato, se non a vanificare il principio della sovranità popolare, a produrre società apolitiche.”, *Somma, Alessandro, L’economia sociale di mercato / 1. Il fascino della terza via: Torna di moda un passato mai passato*. Rivista quadrimestrale online del Centro Einaudi, 2009 Centro di Ricerca e Documentazione “Luigi Einaudi”., p. 1. Disponible en, www.centroeinaudi.it/centro/bdl.html.

³⁰ “When politics and society are de-bounded, the consequence is that the labels ‘national’ and ‘international’ can no longer be separated. Considering the fact that to an increasing extent governing takes place in de-bounded spaces, the increasingly problematic distinction, but which is typical of the field-between ‘domestic’ and ‘foreign’ politics, as ‘national governmental politics’ and ‘international relations’ becomes definitely obsolete. Thus it is not only a matter of integrating national explanation factors in the analysis of international political processes, or of re-evaluating the international determinants of national political processes, as was pursued in numerous approaches over the past years.

era de la globalización el propio concepto de política exterior comienza a ser obsoleto y viene a ser desbordado por la idea de la postmodernidad³¹, como caracterización de la ausencia de grandes conflictos internacionales sustituidos por el diálogo, la cooperación internacional y la proliferación de mini crisis civiles perennes. La identificación de ambos términos – globalización y postmodernidad – viene de la mano de la realización del mercado mundial bajo el prisma neutral y técnicamente aséptico del estilo de la ‘gobernanza global’³² que difumina las responsabilidades políticas y sociales, promoviendo una típica regulación anónima internacional entre ‘estados cooperativos’³³– y corporativos – en estrecha interacción con las redes transnacionales conformadas por actores sociales privados y por sujetos públicos de los estados nacionales³⁴. A *la fine*, estos últimos – *networks* de Estados cooperativos y corporativos – devienen en un tipo particular de actor privado internacional, co–regulador de un mercado coordinado y potencialmente regulable³⁵, que requiere de las pragmáticas

Rather, it is a matter of questioning the very separation between ‘inside’ and ‘outside’”. Risse-Kappen, Thomas., Börsel, Tanja A., *Public-Private Partnership: Effective and Legitimate tools of International Governance?*, Prepared for the Edgar Grande / Louis W. Pauly (editors), *Complex Sovereignty: On the Reconstitution of Political Authority in the 21st Century*. University of Toronto, 2002. p. 18.

³¹El autor Alain Touraine prefiere hablar, divertidamente, en términos de Baja Modernidad y Alta Modernidad por analogía con el Bajo Imperio romano, él considera estar convencido absolutamente que aún no se ha pasado a una sociedad postmoderna que carezca de definición histórica. Incluso emplea términos como neomoderna o hipermoderna para evitar referirse a la sociedad como postmoderna. Touraine, Alain, Khosrokhavar, Farhad, *A la búsqueda de sí mismo. Diálogo sobre el sujeto*, Editorial Paidós, Barcelona, 2002, p. 32.

³²“*Gobernanza es la suma de muchas formas en las que los individuos e instituciones, públicos y privados, gestionan sus asuntos comunes. Esto es, un proceso continuado a través del cual se pueden acomodar intereses conflictivos o simplemente diferentes y llevar a cabo una acción cooperativa, ello incluye desde instituciones formales y regímenes con poder coercitivo, hasta acuerdos informales entre individuos e instituciones al servicio de sus propios intereses.*”, The Commission on Global Governance, *Our Global Neighborhood*, Oxford: Oxford University Press, 1995, p. 4.

³³“(Governance) a mode of governing that is distinct front the hierarchical control model characterizing the interventionist state. Governance is the type of regulation typical of the cooperative state, where state and non state actors participate in mixed public/private policy networks.” Mayntz, R, *Common Goods and Governance*. In *Common Goods. Reinventing European and International governance*, edited by Adrienne Heritier. Lanham MD: Rowman & Littlefield, 2002. pp. 15 – 27.

³⁴“*private-public partnerships –PPP’s –as co-regulation characterize most corporatist arrangements.*” Risse-Kappen, Thomas., Börsel, Tanja A., *Public-Private Partnership: Effective and Legitimate tools of International Governance?*, cit., p. 11.

³⁵“*El mercado no siempre es capaz de evitar por sí mismo la formación de monopolios y cárteles. Para que se evite que actores internacionales, privados como del Estado, desarrollen su poder sin freno, se precisa de la protección de la libertad de los mercados internacionales, lo que exige un orden de competencia internacionalmente coordinado.*”, El programa de bases programáticas, aprobado por la Convención nacional de la Unión Demócrata Cristiana de Alemania (CDU), en Hannover, 3-4 de diciembre de 2007. p. 34.

y funcionales intervenciones ordoliberales estatales, de modo que puntualmente se corrija la ‘indeterminación’ de los fallos y la desviación sistémica de las prácticas del mercado, pero siempre en el marco de las reglas del juego establecidas por el Estado constitucional de derecho ordoliberal³⁶.

El sistema económico capitalista mundial y el mercado como su instituto fundamental, es contrariado por las exclusiones y por los conflictos sociales³⁷, y sólo prospera a través del contacto, de la expansión, del intercambio y del comercio. Se convierte así – la realización del mercado mundial y la pacificación social – en la postmoderna razón de estado del Imperio, diversa de aquella antigua ‘razón de estado’ de la era moderna³⁸. El estado nacional ‘moderno’ a través de un lento pero continuo proceso de disipación de sus fronteras y de desnacionalización transversal de su legislación, cada vez y en mayor medida, cede su rol de institución política pública para afianzarse en su condición de actor económico privado y esconder su condición de gendarme policial – *“che fa dello Stato un capitalista fra i capitalisti: protagonista insieme agli altri, dei processi di riproduzione del capitale, partecipe diretto dei rapporti sociali di produzione, elemento della base e non più della sola sovrastruttura, della società capitalistica”*³⁹.

VI

La realización del mercado mundial es la razón de la gobernanza económica, y en el esquema de gestión del biopoder global⁴⁰, se inserta la estrategia – entre otras, pero en un lugar preferente – de la

³⁶“En la medida en que el sistema económico mundial, como sistema social, está formado por agentes, estos son responsables últimos tanto de las perturbaciones internas como de la regulación de dicho sistema, por tanto, por lo que a la regulación se refiere, el sistema económico mundial está regulado desde su interior por los agentes que forman parte de él, en virtud de su capacidad de tomar decisiones. La autorregulación del sistema económico mundial reposa así, en la causa no causada, en la voluntad de los agentes, por ello, la autorregulación del sistema económico mundial resulta, a priori, indeterminado.”, Capitán, Hidalgo, *El Sistema Económico Mundial y la Gobernanza Global*. Málaga, España. Eumed.net. 2007. p. 40.

³⁷“In certain cases, globalization even serves to accentuate differences rather than as a force for homogenization.”, Plehwe D., Walpen B. and Neunhoffer G., *Between network and complex organization. The making of neoliberal knowledge and hegemony*, en, *Neoliberal Hegemony a Global Critique*, Routledge / Ripe Studies in global political economy, 2006. p. 25.

³⁸ “Una economía capitalista conlleva la existencia del mercado, pero lo contrario no es verdad: todo depende de la clase de mercado de que se trate. El sueño neoliberal del mercado autorregulado se ha revelado finalmente como una pesadilla y una bestia mitológica (...)”, George, Susan, *Sus crisis nuestras soluciones*, cit. p. 15.

³⁹ Galgano, Francesco, *Le istituzioni dell’economia capitalistica, Società per azioni, Stato e classi sociali*, Seconda edizione accresciuta, Nicola Zanichelli, 1980, p. 2.

⁴⁰ Foucault, Michel, *Nascita della biopolitica (1978-79)*, Milano, Feltrinelli, 2005. pp. 56 y ss.

‘ambigua’ fórmula sociopolítica y publicista de la economía social de mercado como concepto normativo, dispositivo disciplinante y método inductivo válido para ser globalizado con pretensiones de universalidad etnocéntrica, capaz de lograr la síntesis armónica entre el mercado y la caridad – que no la solidaridad –, el equilibrio entre el egoísmo individual y el bienestar colectivo.

La expresión ‘economía social de mercado’ proviene del ordoliberalismo alemán de matriz ‘nacional socialista germano’⁴¹, con aspiraciones ideológicas globales que aboga desde el vértice del poder por la técnica de la cooperación y la anulación del conflicto social, en un ejercicio constructivista de ‘racionalización estratégica del sistema capitalista’⁴² soportado por el predominio de una ideología ecléctica que ejerce un estilo pragmático en la racionalidad de la práctica social⁴³, para desbordar desde posiciones autoritarias el ejercicio de los valores de la genuina democracia moderna y el desarrollo del pensamiento jurídico asentado en la centralidad de la ley realizada por el órgano legislativo de representación popular; apoyándose a su vez en el factor dinámico y aplicando a la

⁴¹ “Si usa dire che gli adepti della Scuola di Friburgo non furono compromessi con la dittatura nazionalsocialista, della quale non condividevano soprattutto la politica razzista. Fu del resto per opposizione all’antisemitismo che alcuni esponenti ordoliberali iscritti al partito nazionalsocialista, tra essi Müller-Armack, interruppero la loro militanza entro la fine degli anni Trenta. Forse anche per questo la rinata democrazia tedesca si fonda sul mito dell’incomparabilità dell’Olocausto, utile a discutere della dittatura hitleriana come sistema che ha affossato il liberalismo politico, occultando che è per il suo tramite che si è riformato il liberalismo economico. E facendo così dimenticare le radici nazionalsocialiste dell’ordoliberalismo. Eppure dell’ordoliberalismo il nazionalsocialismo condivideva, da un lato, l’idea che l’attuazione dell’ordine economico naturale fosse un modo per ricondurre a unità interessi generali e interessi particolari, e apprezzava, dall’altro, l’immagine del meccanismo concorrenziale come «forma di selezione attraverso la lotta», capace di «contrastare la tendenza dei singoli entro la società di massa a evitare il conflitto».”, Somma, Alessandro, *L’economia sociale di mercato / 1. Il fascino della terza via: Torna di moda un passato mai passato*. cit., p. 9.

⁴² “En un juego, cada jugador debe establecer hasta qué punto sus intereses son contrarios o comunes con los demás antes de decidir si compite o coopera con todos o con alguno de los contrincantes. De esta mezcla de intereses comunes y antagónicos, que se presentan en los juegos, se extrae un modelo de racionalidad estratégica. Cuanto más complejo es el juego que sirve de modelo, más aplicaciones tiene en la vida real, pero también es más difícil su análisis. De allí se deduce una especie de ley perversa que se presenta en estos modelos: las situaciones más interesantes, son las menos predecibles.”, Ambrosini, Cristina, *Racionalidad estratégica vs. Racionalidad dialógica*. Disponible en, http://www.cristina-ambrosini.com.ar/catedras/economia_empresarial/estrategica_dialogica.htm

⁴³ “In tal senso, la governance indica continue vie di fuga sia dalla democrazia tradizionale, intensa in senso rappresentativo, sia dal diritto, inteso come diritto essenzialmente di carattere legislativo. (...) Per un altro verso, la governance sembra un altare pagano che sconfessa, contraddice, erode, o addirittura tradisce, la democrazia nella sua più classica configurazione rappresentativa: non solo chiama a raccolta soggetti privi di legittimazione democratica, e privatizza consistentemente ciò che era pubblico, ma cambia i termini stessi dello scambio politico, che erano alla base dello stato moderno.”, Ferrarese, Maria Rosaria, *La governance tra politica e diritto*, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 8.

sociedad un ‘esquema líquido de evolucionismo político’⁴⁴ propio de un pragmático *ordine ad hoc*, susceptible de experimentación y de ajuste a contextos sociales estructuralmente diversos y dinámicos de acción.

El texto que se propone no realiza una reconstrucción histórica de la expresión ‘economía social de mercado’, sino que constantemente y durante todo el trayecto del discurso se hacen referencias a sus manifestaciones e implicaciones. Por un verso, la expresión ‘economía social de mercado’ nace en Alemania ‘occidental’ al terminar la Segunda guerra mundial como modelo de gestión económica y gestión de disciplinamiento de los comportamientos sociales, con su génesis al interno de la reflexión ordoliberal de la escuela de Friburgo de Derecho y Economía, propia de los años 30 del siglo XX en un escenario de dominación totalitaria nazi. La esencia ordoliberal radica en el respeto ‘calculado’ de las libertades económicas individuales, que quedan condicionadas por las intervenciones heterónomas y puntuales del Estado ordoliberal según una lógica sistémica, para evitar los fallos y las desviaciones del mercado ‘libre’. Las libertades y los derechos individuales son suficientemente condicionados, bien actuando puntualmente sobre el funcionamiento del mercado, o bien genéricamente a través de la ‘subsidiariedad’ del mecanismo de la política fiscal de redistribución de la riqueza social – “*la lealtà fiscale offre la misura più sicura ed efficace di solidarietà*” –⁴⁵. Este tipo de ‘solidaridad vertical’, subsidiaria e individual, propio del mecanismo de política fiscal que se promueve bajo la fórmula doctrinal de la ‘economía social de mercado’, no es apto para favorecer los procesos de resocialización de la economía propio de esquemas de justicia social redistributiva, sino que está orientada básicamente a coordinar las fuerzas productivas a nivel social, a ocultar el conflicto entre las clases sociales y a promover nuevos modelos cooperativos de convivencia social, orientados a proteger los intereses particulares y el ejercicio sistémico e integral de la actividad de la sociedad privada⁴⁶, ahora proyectada a escala global⁴⁷.

⁴⁴ “*No queremos vivir en un mundo mejor mañana, sino en un mundo diferente hoy.*”, Expresión asignada al ecologista Pierre Radane según Alain Touraine, por la cual pudo comprender perfectamente el final del evolucionismo. Touraine, Alain, Khosrokhavar, Farhad, *A la búsqueda de sí mismo. Diálogo sobre el sujeto*, cit. p. 140.

⁴⁵ Irti, Natalino, *L’ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma – Bari, 1998., en Somma, Alessandro, *economia di razza. dal fascismo alla cittadinanza europea*, Ombre Corte, cit., p. 140.

⁴⁶ Somma, Alessandro, *Introducción crítica al Derecho europeo de los contratos*”, Marcial Pons, 2008. pp. 23-26.

⁴⁷ “*Non è un caso se i fautori dell’ordoliberalismo, credo volto ad alimentare l’equilibrio del sistema economico dato, si riconoscono in una visione cooperativa della convivenza sociale. Essa conduce infatti al rifiuto del conflitto, reputato sintomo ed allo stesso tempo fonte di un malfunzionamento del sistema.*”, Somma, Alessandro, *Soft law e hard law nella*

Lo anteriormente expuesto no excluye que en caso de necesidad sistémica – y a modo de mecanismo excepcional – la opción ordoliberal de intervenir directamente a través del circuito político y accionando el circuito jurídico, sobre los agentes económicos al interior del espacio del mercado⁴⁸. De este modo, la ‘libertad económica vigilada’ puede devenir, ante determinadas coyunturas sociales, en una mayor restricción ‘excepcional y autoritaria’ del espacio de las libertades individuales. En todo caso se trata de la gestión sistémica y de la construcción de un ‘orden irénico’ en el cual no hay cabida para la concepción de la libertad individual como espacio de realización de fines exclusivos y emancipatorios.

En lo que pareciera ser un ejercicio de honestidad intelectual y de *real politik*, el pensamiento ordoliberal germano ‘evolucionó’ y a partir de la ambigüedad intrínseca de la fórmula ‘economía social de mercado’ se desmarcó de la legendaria idea liberal ochocentista de la competencia perfecta de los mercados, y asumió la indeterminación, la incertidumbre y la inconmensurabilidad de los resultados del *lasciate fare*. De ahí que el ordoliberalismo, como corriente de pensamiento, considere el carácter relativo del valor de la libertad contractual, en tanto y en cuanto, sea funcional a los fines orgánicos custodiados por un ordenamiento jurídico superior. En este sentido y según el pensamiento ordoliberal bajo el prisma del absoluto respeto al ‘Estado de derecho’, el Estado, a través de un riguroso pero flexible ordenamiento jurídico, interviene activamente a través del ‘circuito de la política’ para corregir las desviaciones del ‘ordine’ del sistema económico orgánicamente concebido, para favorecer el mecanismo de la competencia económica como principio funcional sobre el cual descansa el ‘bien común’, centrado en el crecimiento económico y en el modelo de comportamiento individual humano que aspira racionalmente, desde el dominio de la ciencia económica, al beneficio personal. La intervención del Estado en el modelo constitucional ordoliberal normalmente se ‘limita’ a

costruzione del diritto privato europeo, en Somma Alessandro, *Soft Law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009. p. 170.

⁴⁸ “L’economia sociale di mercato conobbe diverse fasi. (...) Dalla seconda metà degli anni sessanta si iniziò a percepire che il miracolo economico dipendeva più dalla congiuntura favorevole, che non dall’opzione per il modello economico sponsorizzato dagli ordoliberali. Con i primi segnali di una congiuntura negativa crebbe così l’intervento eteronomo nella vita economica, che finì per comprendere forme di direzione diretta, incluse alcune misure che furono ritenute in linea con il pensiero keynesiano: situazione che per alcuni ha condotto l’economia sociale di mercato ad abbandonare il credo ordoliberale come punto di riferimento. Questa conclusione non tiene però conto che gli stessi ordoliberali avevano condiviso la scelta nazionalsocialista di combinare direzione diretta e indiretta del mercato, applicando il criterio per cui occorreva di volta in volta individuare la soluzione più idonea a produrre un «ordine del mercato buono e produttivo». Più in generale è una conclusione che trascura come il liberalismo non sia una teoria della libertà illimitata.”, Somma, Alessandro, *Democrazia economica e Diritto privato. Contributo alla riflessione sui beni comuni*, cit., p. 10.

la “*regulación como marco de los procesos del mercado*”⁴⁹, regulación que puede describirse como regulación mediante reglas, y no mediante órdenes, que han demostrado ser mucho más efectivas y eficaces en el condicionamiento de los comportamientos humanos, por cuanto han demostrado que no es necesario alterar directamente el orden de las preferencias individuales, sino que modificando el ambiente – el clima institucional y jurídico ordoliberal – es posible alterar la relación de costes / beneficios de los comportamientos humanos individuales.

El ordoliberalismo germano como toda teoría de gestión social asentada en la acción racional, que en este caso no queda reducida al vulgar cálculo económico que busca la inmediata maximización de las utilidades y la minimización de las pérdidas, reconoce que su primera misión es ser consciente y consistente con los propios límites de la teoría económica neoclásica de la elección racional, es por ello que se protege contra una consideración hiperracional de la realidad social. Como dijo Pascal, a veces nada es más racional que la abdicación de la razón⁵⁰. Esto representa un modo superior de la racionalidad practicada por el ordoliberalismo, capaz de racionalizar la propia ‘razón’⁵¹, a modo de reflexión autocrítica sobre las prácticas de la gubernamentalidad como tecnología del poder.

Para el ordoliberalismo, como corriente germana particular al interno del haz de líneas de pensamientos neoliberales, el proceso del mercado no es estrictamente de índole económico, y debe estar sujeto a determinadas *reglas* y principios normativos extra mercado. A partir de esa consideración, el pensamiento ordoliberal no desecha y no combate de manera radical la existencia de determinados tipos de Estado social y tipos de Estado de derecho. Todo lo contrario, convive con ellos, los acepta y los instrumentaliza en función del desarrollo del *ordine* económico como finalidad legitimante que condiciona la existencia de la propia sociedad – el uso de la economía como propaganda política –. En Alemania, y en el marco de la tradición del idealismo, la relación entre el

⁴⁹ Vanberg, Viktor, J., *Mercados y Regulación. El contraste entre el liberalismo de libre mercado y el liberalismo constitucional*, en *Constitutional Political Economy*, Vol. 10, No. 3, 1999. p.82. – Según nota del autor, este artículo se preparó para la Reunión General de la Sociedad de Mont Pelerin, celebrada en Washington DC, en 1998.

⁵⁰ Elster, Jon, *Tuercas y tornillos Una introducción a los conceptos básicos de las ciencias sociales*, Barcelona, Gedisa, 1991. pp. 180 – 220.

⁵¹ “*La homeotecnología, al tener que vérselas con información realmente existente, no hace más que avanzar en el camino de la no violación de los entes, gana en inteligencia inteligentemente, creando así nuevos estados de inteligencia, toma en cuenta eficazmente las cualidades de los cuerpos. Debe apoyarse en estrategias cointeligentes, cointformativas, incluso allí donde se aplica egoísta y regionalmente como ocurre con las tecnologías convencionales. Se caracteriza más por la cooperación que por la dominación, incluso en relaciones asimétricas.*”, Peter, Sloterdijk, *El hombre operable*, Revista Observaciones Filosóficas Antropología / Mayo, 2006. p. 17. Disponible en, <http://www.observacionesfilosoficas.net/download/hombreoperable.pdf>

orden jurídico y el orden económico fue interpretada predominantemente como una cuestión de filosofía moral⁵². De la filosofía moral y del pensamiento cristiano emerge con fuerza directriz el principio de la subsidiariedad, como principio capaz de condicionar la valoración gradual de la solidaridad, conjugándose con los criterios de la responsabilidad individual y el estado de necesidad, sin perder de vista el rendimiento individual según su aporte económico a la sociedad. El carácter social del Estado alemán que nació luego de finalizada la Segunda guerra mundial, es subsidiario en tanto y en cuanto es ordoliberal⁵³. Lo mismo sucede con el funcionamiento de la Unión Europea, antes implícito y ahora expresamente declarado en el Tratado de Lisboa.

Desde el vértice de la gestión del poder mundial se reconoce que se comete una asociación ilícita al identificar racionalidad con unidireccionalidad. Realmente sucede todo lo contrario, por lo tanto, se practica continuamente desde el vértice del poder un tipo de racionalidad estratégica y difusa *ad hoc*, como un tipo de racionalidad instrumental en el ámbito de la interacción humana global, que recurre sistemáticamente a fórmulas híbridas y ambiguas que son tanto más instrumentales cuanto en rigor menos conceptuales. Es el caso del concepto de ‘economía social de mercado’ como modelo de gestión de la economía y de la sociedad, que es asimilable en su descripción a la lógica foucaultiana de las relaciones transversales de poder, que impone mucho más eficazmente la idea de la necesidad global de la cooperación allí donde es más evidente la asimetría de los sujetos involucrados.

De este modo, detrás de la estrategia biopolítica del dinámico y difuso binomio competencia – cooperación, se esconde todo un amplio arsenal de dispositivos de tecnología del poder, capaces tanto de conservar el *status quo* como de reproducirlo cualesquiera sean las circunstancias históricas concretas. Estos dispositivos de poder pueden ser reconducidos hacia un diseño coherente de política del Derecho, orientada a la contractualización de los espacios tradicionalmente ocupados por las instituciones sociales y dirigidos a la tutela del ciudadano consumidor, como un modo de incidir sobre la asimilación del contrayente estructuralmente débil de la relación contractual, básicamente a través

⁵² Mestmäcker, Ernst, *La mano visible del Derecho: Derecho y Economía en Adam Smith*. En: *Recht und Ökonomisches Gesetz*, 2a. edición, 1984, pp. 104 y ss.

⁵³ “*El carácter del Estado social: El Estado liberal de derecho y el Estado social se complementan. Un sistema social justo tiene que garantizar las condiciones marco de una existencia digna para todos y la ayuda en situaciones precarias inmerecidas. La justicia social tiene que demostrarse sobre todo frente los débiles. La asistencia del Estado social no debe conducir a la inhabilitación por el Estado. Tiene que fomentar la capacidad de rendimiento del individuo y exigir su compromiso solidario, también en este caso aplica el principio de subsidiariedad.*”, El programa de bases programáticas, aprobado por la Convención nacional de la Unión Demócrata Cristiana de Alemania (CDU), en Hannover, 3-4 de diciembre de 2007. p. 59.

de la transparencia y la fuerza normativa adherente – e inherente – del contrato de consumo, e interviniendo sobre la asimetría de la información como condición suficiente de ‘justicia correctiva’ que garantiza la autodeterminación racional de la demanda eficiente, la capacidad de elección entre las opciones de la oferta, la competencia entre las empresas y la libre formación de los precios. Todo lo cual es instrumentalmente útil para el consentimiento informado que garantiza minimizar la incertidumbre económica y maximizar la certeza jurídica del ‘cálculo sobre el funcionamiento armónico del mercado’, centrado sobre el consustancial mecanismo de funcionamiento de la ‘competencia cooperativa’, que equivale e implica la discusión, el debate, la comunicación y la posterior acción coordinada ordoliberal a nivel transnacional.

VII

En sentido ordoliberal, la expresión ‘cooperación’ utilizada en la redacción del texto, debe entenderse en el sentido de respuesta viable, calculable y solución estratégica a la previa construcción, desde el vértice del poder, de un forzado estado de ‘necesidad mutua y asimétrica’. La generación de un estado de interdependencia global y asimétrica que mina la capacidad autónoma de los estados nacionales, en sede de soberanía material, que se ven forzados a cooperar al interno del *establishment*, con lo cual, de facto, lo reproducen y amplían. En todos los casos del discurso propuesto en la tesis, en los cuales se emplea la expresión ‘competencia cooperativa’, debe advertirse que en una lógica postmoderna de funcionamiento ‘cooperativo’ de sistemas de opuestos no antagónicos, el peso mayor se encuentra en la ‘cooperación’ que mitiga el ‘conflicto’ que entraña la ‘competencia’ pura, propia de la modernidad hasta mediados del siglo XIX. Esquema cooperativo aplicado también al ambiente social proveedor – consumidor, ambos integrados y forzados a ‘cooperar asimétricamente’ en el espacio del mercado, en un entorno recreado de corresponsabilidad mutua con marcada fuerza normativa y disciplinante, formalmente concebida y explicitada en los ordenamientos jurídicos de los Estados de derecho, a través de la promulgación de los Códigos de protección y defensa del consumidor.

El sector del Derecho de protección al consumidor es un sector por excelencia donde formalmente se involucran los circuitos de la ciencia jurídica, la actividad política y la práctica económica, y donde se hace evidente la subordinación de los dos primeros al tercero. En el sector del Derecho de protección al consumidor, priman los intereses privados corporativos de los agentes transnacionales y de los operadores económicos de alcance global, que integran y asimilan funcionalizadamente al resto de los operadores económicos nacionales según el sentido de la sociología de roles, aplicada ahora orgánicamente al sistema-mundo. Los Códigos de defensa del consumidor se presentan como la

expresión occidental de las normas jurídicas que establecen el compromiso cooperativo entre los proveedores de servicios – estructuralmente fuertes – y los consumidores ‘liliputienses’⁵⁴ de servicios, necesitados de establecer un vínculo contractual recurrente, sistemático, estable y eficiente, con el mayor número de garantías posibles en el marco formalmente garantizado por un Estado constitucional de derecho⁵⁵ – y que puede pertenecer, o no, a cualquiera de las tipologías de ‘welfarismo’ enunciadas para el derecho contractual europeo⁵⁶.

En otro sentido, América Latina como expresión discursiva del texto, se representa como la virtualidad simbólica de un espacio cartográfico realmente híbrido, fraccionado y diverso, que encierra una profusa heterogeneidad cultural y política, y cuyas fronteras de subcontinente vienen identificadas, menos por sus límites políticos y accidentes geográficos naturales, y más por la precaria realidad común en la que se desenvuelven diariamente millones de seres humanos⁵⁷. Las señas de identidad históricas y culturales de América Latina están conformadas por el espacio virtual en el que confluye la sistemática dominación colonial, neocolonial y postneocolonial y el tiempo real transcurrido de más de 500 años de presencia occidental. América Latina, atada en esta confluencia del espacio temporal,

⁵⁴ “*Che un consumatore isolato si avventuri a sfidare un’impresa gigante per tanto poco, nessuno avrà il coraggio di rimproverargli la frivolidà della sua azione, poiché fa la figura di un campione di una causa più grande di lui. Le società di consumazione, diventando società dei consumatori potrebbe suonare dunque la rivalsa de Lilliput.*”, Carbonnier, Jean, *Flessibile Diritto. Giuristi stranieri di oggi*, Giuffrè editore, 1997. p. 67.

⁵⁵ “Código de Protección y defensa del consumidor, Título Preliminar. Artículo I.- *Contenido: El presente Código establece las normas de protección y defensa de los consumidores, instituyendo como un principio rector de la política social y económica del Estado la protección de los derechos de los consumidores, dentro del marco del artículo 65° de la Constitución Política del Perú y en un régimen de economía social de mercado, establecido en el Capítulo I del Título III, Del Régimen Económico, de la Constitución Política del Perú.*”, Código de protección y defensa del consumidor, aprobado el 12 de agosto de 2010 por el Congreso de la República del Perú.

⁵⁶ “*Welfarismo di razionalizzazione del mercato, Welfarismo di correzione del mercato, Welfarismo redistributivo interno, Welfarismo redistributivo esterno, Welfarismo di razionalizzazione incentrata sul bisogno, Welfarismo dei valori pubblici.*”, Wilhelmsson, Thomas, *Le diverse forme di welfarismo nel diritto europeo dei contratti*, en, *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*, elaborado por, Alessandro Somma, G. Giappichelli Editore – Torino. 2007. p. 284.

⁵⁷ “*Para finalizar, podemos afirmar que sí existe un perfil de consumidor latinoamericano, el cual no se define por las diferencias locales y regionales, que son muchas, sino más bien por las similitudes socioculturales e históricas que lo han conformado. Este perfil de consumidor latinoamericano, comparte la esencia de la visualización del presente y la incertidumbre del futuro, busca la satisfacción de sus necesidades emocionales y sociales, entre otras, a través de la apropiación de productos, servicios y discursos. Ve la vida de forma parecida, anhela, sueña y se refugia con los amigos y la familia de la misma forma, se esfuerza cuando ve frutos, evade la frustración día con día para poder vivir, encuentra refugio en la publicidad de forma parecida, apropia, reconfigura y proyecta sus necesidades en los productos de forma parecida.*”, Carballo, David, *El Consumidor latinoamericano*, p. 8. Disponible en <http://segmento.itam.mx/Administrador/Uploader/material/39-04-EI%20consumidor%20latinoamericano.pdf>

deviene en una realidad estereotipada asentada sobre la conflictiva modernidad del espacio físico y de la realidad cotidiana; portadora de un presente acreedor de un pasado colonial, en el cual confluye un futuro postmoderno hipotecado sin la garantía de la concepción moderna de la solidaridad. Tiempo presente y espacio físico en el cual precariamente deambulan encerrados en su realidad más de 600 millones de personas estereotipadas. De modo que el presente estado de subdesarrollo y el nivel de retraso económico y social, deviene para América Latina como el medioevo europeo, en una especie de esperanza de transición entre eras (...) sólo que un poco más extenso y sin vislumbrarse la luz de la razón de la Ilustración que percibió la emancipación y la transformación social en Europa. El texto propone vislumbrar que resta aún por realizar un genuino proceso de reilustración latinoamericana.

VIII

Tornando al propio objeto de estudio de la tesis – *La actividad ordoliberal que desarrolla la fundación política Konrad Adenauer en América Latina y su manifestación normativa a través del ordenamiento jurídico peruano* – enuncia la dificultad implícita del método de investigación a aplicar y la bibliografía a consultar, por cuanto se trata de abordar la actividad ideológica transnacional que se realiza a través de la fórmula publicitada y constitucionalizada de la ‘economía social de mercado’, implementada por una fundación política alemana en América Latina como agente de transmutación jurídica⁵⁸. La fundación Konrad Adenauer es una fundación política que realiza su desempeño acorde con su visión ‘holística’ que incluye la implementación del concepto de la gobernanza global, la promoción a nivel nacional de las clases sociales transnacionales, y el reconocimiento de una sociedad civil mundial que crece en el marco de una emergente cogestión hegemónica de matriz liberista del capitalismo mundial. Todo lo cual debe estudiarse, sistémicamente, para rastrear sus más evidentes manifestaciones jurídicas.

De modo que al abordar el propio objeto de estudio, se requiere admitir metodológicamente la fuerte interpenetración y el ligamen entre las esferas de la Economía, la Política y el Derecho, como ciencias sociales que en sus objetos de estudios particulares convergen sobre la descripción y la valoración de una misma realidad histórica – social, agudamente interdependiente y entrelazada.

⁵⁸ “Código de protección y defensa del consumidor, Título Preliminar. *Artículo II.- Finalidad: El presente Código tiene la finalidad de que los consumidores accedan a productos y servicios idóneos y que gocen de los derechos y los mecanismos efectivos para su protección, reduciendo la asimetría informativa, corrigiendo, previniendo o eliminando las conductas y prácticas que afecten sus legítimos intereses. En el régimen de economía social de mercado establecido por la Constitución, la protección se interpreta en el sentido más favorable al consumidor, de acuerdo a lo establecido en el presente Código.*”, Código de protección y defensa del consumidor, aprobado el 12 de agosto de 2010 por el Congreso de la República del Perú.

Una cuestión significativa y puntual – aunque de segundo orden – es la clasificación como ‘sujeto de estudio’ de la fundación Konrad Adenauer, desde la ciencia jurídica, bien como sujeto de Derecho privado o bien como sujeto Derecho público; y la cuestión de su definición como organización no gubernamental internacional – INGO – financiada por un gobierno extranjero en su actividad política de transmutación cultural en América Latina, y sus evidentes rasgos de *think thank* como agente estructural transnacional que estabiliza el sistema de ideología de matriz liberal a escala global.

El estudio que ahora se presenta sobre el ordoliberalismo y la economía social de mercado, así como el trasplante jurídico de sus principios que se realiza en América Latina a través de la actividad de la Konrad Adenauer *Stiftung*, se realiza desde la ciudad de Ferrara, Italia, en el marco de la vasta obra que el profesor Alessandro SOMMA ha realizado sobre estas cuestiones, y como resultado de su empeño por transmitirle al lector latinoamericano una visión crítica y diversa a aquella que propugna la propia actividad literaria de la fundación Konrad Adenauer en América Latina.

No obstante lo anterior, el autor de esta tesis ha volcado sobre el texto su estampa personal y caribeña, de modo que la autónoma reflexión propuesta en el discurso se adicione a la escasa bibliografía hispana sobre el tema⁵⁹, y contribuya a la realización de un debate reflexivo latinoamericano que rompa con el silencio característico que acompaña el continuo avance ordoliberal en la región.

De particular satisfacción ha sido el poder constatar que FERNÁNDEZ ROCHA ha escrito su tesis de grado por la Universidad Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosaria, Facultad de Relaciones Internacionales, tomando como objeto de estudio la actividad política que realiza la fundación Konrad Adenauer en su país, accediendo directamente a fuentes de información de primer grado y resaltando la cuestión de las manifestaciones del *soft power* como concepto asociado a las organizaciones no gubernamentales extranjeras que practican algún tipo de injerencia en los asuntos nacionales soberanos⁶⁰. Por su parte, LAZCANO GUTIÉRREZ ha redactado su tesis de grado por la Universidad Nacional Autónoma de México – UNAM, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales –, centrando su atención en la estrecha relación existente entre el pensamiento ordoliberal y la fórmula de la economía

⁵⁹ Para valorar la bibliografía sobre el tema, en idioma español, francés e inglés, ver la Tesis de Lazcano Gutiérrez, Ivan, *El ordoliberalismo alemán y la Economía Social de Mercado*. Tesis. Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, UNAM, México, 2008.

⁶⁰ Fernández Rocha, Gabriela Patricia, *Relaciones colombo - alemanas: análisis de la cooperación internacional en términos de las lógicas de funcionamiento de las fundaciones cercanas a partidos políticos: caso de estudio: Fundación Konrad Adenauer en Colombia*. Universidad Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosaria, Facultad de Relaciones Internacionales, Bogotá, D.C., 2009.

social de mercado, haciendo énfasis en la reconstrucción histórica de la línea del pensamiento ordoliberal, y en la renovación del pensamiento liberal que viene representado por el modelo de la economía social de mercado como expresión de un racionalismo crítico del orden social, asentado sobre la tradición, las características histórico-culturales de la Alemania y la consideración de un individualismo altruista de origen *popperiano*⁶¹.

La tesis que se presenta a continuación toca directamente ambos extremos señalados por las dos tesis latinoamericanas mencionadas – la Konrad Adenauer *Stiftung* y la economía social de mercado –, enfatizando sobre en el punto de vista jurídico, con particular atención al constitucionalismo y a las relaciones económicas de Derecho privado reguladas por el ordenamiento jurídico peruano. Y puede considerarse que esta tesis aporta una visión complementaria – y no siempre pacífica – a las dos tesis anteriormente señaladas, al considerar que la economía social de mercado es la expresión ‘débil’ de una visión holista organicista del funcionamiento de la sociedad, y que si efectivamente podría considerarse que la elección alemana por la fórmula economía social de mercado fue una decisión contingente en los términos históricos del año 1949, no lo es tanto en la situación actual en la que se manifiesta la voluntad de hacer difundir y hacer circular los principios del pensamiento ordoliberal como modelo de gestión en el contexto global.

IX

En sede de realización de estudios desde las ciencias sociales, se asume en el discurso de esta tesis el criterio subrayado por Alain TOURAINE en cuanto a que el investigador participa en la propia formación del objeto de estudio⁶². En consecuencia, el discurso propuesto pretende voluntariamente no participar de las formas valorativamente neutras de la racionalidad cientista, propias de un positivismo social impuesto por una rígida ortodoxia epistemológica, que se presentan como las únicas formas de racionalidad intersubjetivamente reconocidas en el ámbito de la vida pública. Este autor considera que ‘las formas valorativamente neutras’ están puestas al servicio de la búsqueda de un equilibrio estratégico conservacionista del *status quo*⁶³.

⁶¹ Lazcano Gutiérrez, Ivan, *El ordoliberalismo alemán y la Economía Social de Mercado*. Tesis. Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, UNAM, México, 2008. pp. 87 y 94.

⁶² Touraine, Alain, Khosrokhavar, Farhad, *A la búsqueda de sí mismo. Diálogo sobre el sujeto*, cit. p. 238.

⁶³ “No es necesario ser marxista para afirmar, en consonancia con lo establecido más arriba, que ninguna teoría social mínimamente significativa puede limitarse a describir y analizar lo existente al margen de su valoración y del señalamiento a veces implícito o inconsciente de lo bueno y lo malo que conviven en su seno. Por eso, las proposiciones “fácticas” y supuestamente “neutrales” de la ciencia social que imagina el empirismo positivista se hallan

El discurso de la tesis propuesta no asume como válida la cuestión de la neutralidad valorativa desde la práctica de las ciencias sociales, por cuanto ello supone aceptar un positivismo cientista que ataca directamente la esencia axiológica de la razón. En esta época, la idea de validez inter-subjetiva está también prejuzgada por la ciencia: “*por la idea cientificista de una 'objetividad' normativamente neutral o no-valorativa*”⁶⁴. Las pretensiones de imparcialidad y de neutralidad valorativa, que postulan los centros del poder intelectual, pueden interpretarse como mecanismos de dominación para legitimar su propia visión⁶⁵.

Evidentemente el texto que se propone se corresponde con un discurso incompleto, cuyo objeto de estudio puede ser iluminado de diversas maneras. El texto que inmediatamente se presenta sobre algunas de las manifestaciones ordoliberales y el papel de los intelectuales orgánicos colectivos – *think thank* – representados por la fundación Konrad Adenauer, es sólo una propuesta optimista de diálogo ‘moderno’ que debe integrarse al resto de los análisis realizados desde las ciencias sociales, a modo de poder confrontarse con un tipo de ‘escepticismo postmoderno’ en cuanto al progreso de las relaciones sociales, y promover un mejor entendimiento de la realidad y de los diversos mecanismos de poder, para su más plena comprensión y eventual democratización.

invariablemente mezcladas con otras de carácter normativo, que glorifican o condenan lo existente. El predominio del positivismo lógico en las ciencias sociales es el responsable de haber considerado esta situación como una perniciosa anomalía, echando así por la borda una milenaria y riquísima tradición de pensamiento en que el análisis y la valoración estaban explícita y legítimamente integrados en un discurso unitario.”, Borón, Atilio A., Estado, capitalismo y democracia en América Latina. cit. p. 212.

⁶⁴Apel, Karl-Otto, Szientistik, Hermeneutik, Ideologiekritik: Entwurf einer Wissenschaftslehre in erkenntnisanthropologischer Sicht”, en *Wiener Jahrbuch für Philosophie*, Bd. I, 15-45. [Traducc. cast.: “*Cientística, hermenéutica y crítica de las ideologías. Proyecto de una teoría de la ciencia desde la perspectiva gnoseoantropológica*”, en Apel, Karl-Otto, 1973, traducc. cast., vol. II, 91-121, Primera Edición, Editorial Alfa, S.A., Barcelona, España, 1986.

⁶⁵ Bolívar, Jorge, *Estrategia y juegos de dominación. De Marx y Lenin a Perón y Hannah Arendt*, Editorial Catálogos. 2008.

I PARTE – SOBRE LA FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER.

CAPÍTULO 1– UNA APROXIMACIÓN AL UNIVERSO KAS.

Sumario: 1 Introducción al Universo KAS como una comunidad epistémica en red. 2 La Konrad Adenauer Stiftung como un ‘private–public partnership (PPP’s). 3 Sobre la praxis kasiana de la sociedad privada en el pensamiento ordoliberal. 4 Notas sobre el racismo postmoderno. La actividad de la Konrad Adenauer en América Latina.

CAPÍTULO 1– UNA APROXIMACIÓN AL UNIVERSO KAS.

En la Primera parte de la tesis se aborda el estudio de la naturaleza de la actividad de la Konrad Adenauer *Stiftung*, y su clasificación como sujeto de derecho privado al servicio de los intereses geopolíticos y estratégicos estatales de la República Federal Alemana. Se describe el comportamiento de la Konrad Adenauer *Stiftung* como *network continental public–private partnerships*, y se caracterizan las imbricaciones y las implicaciones que conlleva el comportarse como agente de trasplante jurídico y promoción de la ideología ordoliberal, que nació al interno del contexto nacional socialista germano de la primera mitad del siglo XX.

1– INTRODUCCIÓN AL UNIVERSO KAS COMO UNA COMUNIDAD EPISTÉMICA EN RED.

La Konrad Adenauer *Stiftung*, tanto por la naturaleza de su actividad, como por su estilo de funcionamiento interno y estructura internacional en red, así como por su vinculación política partidista con el ala centro derecha europea, por su labor de promoción de la ideología ordoliberal, y por su dependencia financiera estatal vinculada a varios ministerios del Estado Federal alemán y a los resultados del proceso electoral alemán y europeo, la convierten en una organización no gubernamental ‘*sui generis*’⁶⁶ – ONG – de alcance internacional, con un fáctico carácter de naturaleza público – institucional⁶⁷ que complejiza su calificación.

⁶⁶ Fernández Rocha, Gabriela Patricia, *Relaciones colombo - alemanas: análisis de la cooperación internacional en términos de las lógicas de funcionamiento de las fundaciones cercanas a partidos políticos: caso de estudio: Fundación Konrad Adenauer en Colombia*, 2009. p. 16. Disponible en, <http://catalogo.uRosaria.edu.co/uhtbin/cgiisirs/x/0/0/5/?searchdata1=TRI%200049%202009>

⁶⁷ “La natura pubblico-istituzionale delle Ngos dipende pertanto da risorse private ed è legata all’attivismo dei suoi esponenti e leader. Sotto questo profilo, le Ngos hanno una propria vita organizzativa simile a quella dei vecchi partiti politici, con i propri militanti, i propri strumenti di pubblicità e di pressione. Pur avendo una presenza organizzativa continua, spesso con potenti strutture d’inquiry e informazione o pianificazione, esse tuttavia intervengono tendenzialmente in maniera casuale e discontinua, e in gran parte di rimessa rispetto ad azioni o scelte compiute delle

El discurso de esta tesis acoge ‘convencionalmente’ el carácter de la Konrad Adenauer *Stiftung* como sujeto privado de derecho – con proyección internacional – sí y sólo sí, se valoriza la relativa autonomía de funcionamiento interno – aún y a pesar de rendir cuentas periódicamente y públicamente a las distintas instancias del gobierno alemán y al partido Demócrata Cristiano alemán –. El carácter privado de la *Stiftung* viene valorizado, además, por la no existencia de un nexo formal con el Estado alemán⁶⁸ – aún y a pesar de los múltiples, notorios, públicos e intensos vínculos reales e informales existentes con las instancias estatales – con lo cual queda en evidencia la responsabilidad del Estado alemán por la actividad *quasi* pública que desarrolla la Konrad Adenauer *Stiftung*, allende sus fronteras⁶⁹.

El carácter ‘privado’ de la Konrad Adenauer *Stiftung* viene concedido de facto, además, por la penetrante y aguda actividad biopolítica que realiza al interno del cuerpo social latinoamericano⁷⁰, resaltando la naturaleza de su actividad en cuanto a la capacidad de conformación de actitudes y de

imprese o dagli stati.”, Ferrarese, Maria Rosaria, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, cit. p. 116.

⁶⁸ “Pregunta 7: En vista de todas sus características, ¿Son las fundaciones cercanas a partidos políticos instrumentos de Política Exterior? ¿En qué medida? *Por supuesto, Aunque las fundaciones políticas no son órganos del gobierno en el sentido estricto de la palabra, su labor es clave para el desarrollo de las RRII del Estado alemán, ya que a través de su red de contactos, constituyen un canal de información. Además, representan instrumentos de soft power de Alemania en el exterior, en la medida en que pueden ejercer influencia al encontrarse más cerca de la sociedad civil, y ser relativamente independientes de coyunturas políticas- económicas que puedan distanciar a los gobiernos.*”, Entrevista presencial realizada a Stefan Jost, representante de la oficina de la KAS en Colombia, en, Fernández Rocha, Gabriela Patricia, *Relaciones colombo - alemanas: análisis de la cooperación internacional en términos de las lógicas de funcionamiento de las fundaciones cercanas a partidos políticos: caso de estudio: Fundación Konrad Adenauer en Colombia*, cit., Anexo 1.

⁶⁹ “*Vistas las interdependencias crecientes en un mundo en proceso de globalización, también las fundaciones políticas alemanas tienen que refinar su definición de tareas y reorientarla parcialmente. Tendrán que enfocar más su actividad en las funciones de mediación entre las sociedades (y las economías). Su «ventaja comparativa» frente a otras instituciones no gubernamentales reside en su conexión con el sistema político de Alemania y su proximidad relativa a las estructuras centrales del «neocorporativismo» alemán, como son los sindicatos, las asociaciones patronales y las ONGs contiguas a la política.*”, Hillebrand, Ernst, Optenhögel, Uwe, *Mediadores en un mundo sin fronteras. Sobre el papel de las fundaciones políticas alemanas en la política exterior*, Revista Nueva Sociedad, No. 176, Chile, p. 140. Disponible en, <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/chile/01893.pdf>

⁷⁰ “*Del mismo modo, teóricos y funcionarios de las fundaciones coinciden en que la Política de Estado alemana se beneficia de la actividad internacional, la información y los contactos de las Fundaciones Políticas. Las Fundaciones contribuyen a la promoción de los valores políticos que definen al Estado alemán, además, construyen relaciones de largo plazo que pueden generar una mayor cercanía y entendimiento entre élites políticas, constituyen canales de acción directa, al contar con capacidad para realizar actividades o abordar situaciones que se encuentran negadas a la diplomacia oficial, y finalmente, mejoran la red oficial de información, permitiendo el acceso a prácticamente todo el espectro político del país huésped.*”, Fernández, Rocha Gabriela, *Relaciones Colombo - Alemanas: Análisis de la Cooperación Internacional en términos de las lógicas de funcionamiento de las fundaciones cercanas a Partidos Políticos. Caso de Estudio: Fundación Konrad Adenauer en Colombia*, cit. p.15

comportamientos individuales, con lo cual se vincula en su quehacer a la dinámica propia del Derecho privado, tanto en la conformación y ordenación de las preferencias personales, como en la cuestión del disciplinamiento individual a partir de la modificación del ambiente jurídico institucional y en consecuencia, en la alteración de los costes / beneficios de determinados comportamientos humanos considerados racionales desde el Análisis económico del derecho. Esta actividad ‘transgresora’ y privada de un ente extranjero, realizada en los países anfitriones utilizando en muchas ocasiones la cobertura de la cooperación al desarrollo que le brinda el propio Ministerio Federal de Cooperación Económica y Desarrollo alemán⁷¹, no pudiera materializarse a través de los canales públicos y formales de las clásicas estrategias de la diplomacia oficial que no puede consentir, abierta y explícitamente, la injerencia en las soberanías de los estados nacionales⁷². Este comportamiento injerencista practicado por las fundaciones políticas alemanas⁷³, y otros entes occidentales de naturaleza no gubernativa en América Latina, que responde a los intereses estratégicos estatales de naturaleza global, se denomina en la literatura especializada de las relaciones internacionales como ‘soft power’.

La misión de la Konrad Adenauer *Stiftung* radica, como interlocutor comprometido con la gestión del

⁷¹ “Es deseable que también las fundaciones políticas incidan en mayor medida en estos temas, sobre todo en aquellos países en los que se ha dificultado el acceso de la cooperación gubernamental. La Cooperación técnica mantiene ya muchos contactos y puntos de interacción con las fundaciones políticas, que deben reforzarse en el futuro.”, Ministerio Federal de Cooperación Económica y Desarrollo – BMZ -, *Estrategia de la cooperación para el desarrollo con los países de América Latina y el Caribe*, p.19. Disponible en, <http://www.bmz.de/en/publications/languages/spanish/Esp162.pdf>

⁷² “El Ministerio de Cooperación alemán, independiente de la orientación política del gobierno de turno, siempre mantuvo la posición de que la cooperación privada es legítimamente complementaria a la cooperación para el desarrollo del Estado. Esta complementariedad se basa sobre todo en reconocer que las organizaciones privadas pueden acercarse y cooperar directamente con los grupos necesitados, así como con los actores sociales de una sociedad dada, y también con aquellos que no formen parte de la actual estructura de poder. La cooperación oficial, en cambio, está limitada a los canales oficiales e instancias del gobierno. Por consiguiente, las organizaciones privadas no solo pueden operar en espacios inaccesibles para la cooperación oficial sino también pueden contribuir al debate sobre estrategias de desarrollo y sobre la formulación de políticas de cooperación, experiencias e información adicionales.”, Ernst, Hillebrand, Uwe, Optenhögel, *Mediadores en un mundo sin fronteras. Sobre el papel de las fundaciones políticas alemanas en la política exterior*, cit., p. 140.

⁷³ “Pregunta 8: (...) el Embajador está mejor informado entre más cerca esté de las fundaciones, y entre mejor sea su relación con las mismas, porque a nosotros nos llegan más detalles y temas más íntimos de los distintos sectores de la sociedad que a los representantes de la Embajada, conmigo se puede hablar más abiertamente que con el Embajador de Alemania, que es un representante del gobierno, de manera que la diplomacia muchas veces tiene más difícil acceso a ciertos asuntos, y si se trata de un contacto influyente es relevante para toda la información y orientación que llega a ciertos canales en Alemania.”, Entrevista presencial realizada a Stefan Jost, representante de la oficina de la KAS en Colombia, en, Fernández Rocha, Gabriela Patricia, *Relaciones colombo - alemanas: análisis de la cooperación internacional en términos de las lógicas de funcionamiento de las fundaciones cercanas a partidos políticos: caso de estudio: Fundación Konrad Adenauer en Colombia*, cit., Anexo 1.

‘poder transnacional’, en incidir indirectamente a través de múltiples procesos intelectuales, sobre el ejercicio de la gubernamentalidad local según las carencias y las limitaciones estructurales de los estados nacionales⁷⁴, y según los intereses globales del Estado alemán. Su actividad se orienta a incidir sobre la definición de las políticas públicas y la eficacia de su aplicación en los contextos locales, nacionales y regionales latinoamericanos, según una aplicación mucho más cercana acorde a los criterios de la *governance* mundial y favoreciendo tanto la gobernabilidad de los ‘Estados de derecho’, como la consolidación y la funcionalización de los ‘Estados de prestaciones sociales’⁷⁵. La estrategia de la aplicación de la *governance*, según criterios de FERRARESE, debe ser entendida no como una forma disminuida, espuria, confusa o incierta de gobierno, sino, como una forma distinta de gobernar que mezcla oportunamente, a partir de una filosofía distinta, el ‘diálogo entre los elementos públicos y los elementos privados’, que le concede a la *governance* una valencia de ‘bien público’ y de ‘sentido común’⁷⁶.

En un momento de crisis económica capitalista global, de crisis de las instituciones democráticas de representación tradicionales, de crisis de legitimidad de las organizaciones sindicales y partidistas, de pérdida de eficacia de la acción gubernamental en el marco del diagnóstico de la crisis de confianza y de legitimidad que afecta a las instituciones públicas que conforman los tradicionales sistemas políticos contemporáneos, y ante el desarrollo de intentos por construir y por consolidar alternativas políticas y económicas viables de corte nacionalista – populista en Latinoamérica, la Konrad Adenauer *Stiftung*, fundación política alemana asociada al partido Demócrata Cristiano – CDU –, desarrolla un intenso proceso de construcción continuada de su identidad colectiva sobre un espacio específico de relaciones sociales de poder, consolidando la confianza entre sus socios públicos y privados, sus interlocutores y los destinatarios de su acción.

La actividad de la Konrad Adenauer *Stiftung* alude y presupone la existencia de relaciones éticas y morales de orientación ideológica de centro derecha, asentadas sobre los fundamentos y los valores compartidos de la Democracia Cristiana, y la promoción del pensamiento ordoliberal germano

⁷⁴ Foucault, Mitchell, *La gubernamentalidad*, en, Estética, ética y hermenéutica. Barcelona, Paidós, 1999.

⁷⁵ “Many authors celebrate public-private partnerships as a significant solution to a whole variety of problems of governance beyond the nation-state. PPP’s are said to increase both the effectiveness (problem-solving-capacity) and the legitimacy of international governance in terms of democratic participation and accountability”, Risse-Kappen, Thomas., Börsel, Tanja A., *Public-Private Partnership: Effective and Legitimate tools of International Governance?*, cit. p. 1. Ver también Reinicke, Wolfgang H., Deng, Francis, *Critical Choice. The United Nations, Networks, and the future of global Governance*. Ottawa. Et al.: International Development Research Centre. 2006.

⁷⁶ Ferrarese, Maria Rosaria, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, cit., p. 127.

desarrollado por la escuela de Friburgo desde los años 30 del siglo XX⁷⁷, a través de la difusión de la fórmula de la economía social de mercado.

El círculo de legitimidad estratégica de la Konrad Adenauer *Stiftung* – KAS – en América Latina⁷⁸, como elemento integrante de las relaciones de poder, como garantía de adhesión y base del reconocimiento de su acción política y social, gira alrededor de dos cuestiones fundamentales para la conformación de su propia y simbólica identidad colectiva. La primera cuestión es la generación de estrechos vínculos de ‘confianza interna’ con sus contrapartes nacionales, a partir del ejercicio de una solidaridad instrumentalizada y funcionalizada en términos ordoliberales según los objetivos y los valores corporativos que promueve, que deviene en un intenso dispositivo transnacional continental de *entes* asociados públicos y privados – *private-public partnership (PPP's)*–⁷⁹. (Ver Tabla No. 1).

La segunda cuestión es su manifestación externa a través de su ‘capacidad de hacer’, que deviene en la visibilidad que adquiere en el espacio público y en la identificación y publicación de sus resultados políticos al interno de una comunidad social. Estas dos cuestiones, cultivadas desde sus oficinas de representaciones nacionales en el transcurso de más de 40 años de presencia física, conjuntamente con el auspicio de otras acciones sociales efectivas de apoyo y de colaboración, serían los fundamentos que garantizarían la imagen de legitimidad, la presencia, la continuidad y el éxito de su propia gestión de mediación y de representación como actor estratégico de la sociedad global. “*De la buena relación con sus contrapartes y del establecimiento y mantenimiento de redes de trabajo, parte un factor*

⁷⁷ “Occorre innanzitutto dire brevemente del pensiero sviluppato nell’ambito della cosiddetta Scuola di Friburgo, costituitasi al principio degli anni Trenta del Novecento attorno agli economisti Walter Eucken e Leonhard Miksch e ai giuristi Franz Böhm e Hans Grossmann-Doerth. È in tale ambito che si delinearono i fondamenti dell’ordoliberalismo, individuati con il contributo determinante di esponenti dell’umanesimo economico, in particolare di Alexander Rüstow e Wilhelm Röpke. Da ricordare anche il ruolo della Scuola austriaca, specie di Friedrich August von Hayek, critico irriducibile del liberalismo aggettivato, e quindi dell’economia sociale di mercato”, Somma, Alessandro, *L’economia sociale di mercato / 1. Il fascino della terza via: Torna di moda un passato mai passato*. cit., p. 7.

⁷⁸ La bibliografía italiana se refiere como “América latina”. Para un latinoamericano el término *latino* no deviene en un adjetivo que caracteriza y diferencia las dos América(s), *latino* constituye un sustantivo propio que describe una vasta y autónoma realidad cultural, económica, política y social que difiere sustancialmente de cualquiera otra *América*, más al norte. Para un latinoamericano *medio* existe América Latina (en mayúsculas por ser nombre propio compuesto) y los Estados Unidos de América, como dos entidades separadas y sin solución de continuidad. Separados por fronteras físicas y culturales. Para un estadounidense *medio* – aunque para un estereotipo de europeo occidental – es posible que sólo exista América, de modo que centro América se corresponde perfectamente con el territorio de Texas en los Estados Unidos.

⁷⁹ “*Transnational PPP's would then be institutionalized cooperative relationships between public actors (both governments and international organizations) and private actors beyond the nation-state for governance purposes. By “governance purposes”, we mean the making and implementation of norms and rules for the provision of goods and services that are considered as binding by members of the international community*”, Risse-Kappen, Thomas., Börsel, Tanja A., *Public-Private Partnership: Effective and Legitimate tools of International Governance?*, cit., p. 4.

*importante para el desarrollo e impacto de la cooperación ofrecida por la Fundación: en la medida en que se trabaja alrededor de los mismos valores, generalmente la KAS es percibida como socio y amigo, más que como un agente externo*⁸⁰.”

No obstante la relevancia temporal de la presencia continuada y la actividad prolongada de la fundación Konrad Adenauer en América Latina – ver Tabla No. 2 – no es suficiente para comprender la trascendencia cualitativa de su gestión, que no debe ser valorada únicamente en lo que se refiere a su capacidad directa para alterar los comportamientos de sus asociados y los destinatarios inmediatos de su acción, ya que el efecto acumulativo de su ejercicio ramificado a través de sus oficinas de representación, conformando redes de estrecha y coordinada comunicación durante más de 40 años de actividades ininterrumpidas sobre las realidades nacionales en las que opera, es mucho más amplio, diverso, oculto y complejo, y le ha permitido alcanzar un valioso patrimonio de conocimientos de excelencia – *know how* – sobre las carencias sociales y las necesidades estructurales identitarias latinoamericanas – “*el control de la información sobre la identidad tiene un valor especial en las relaciones. (...) cuanto mayor sea el tiempo que un individuo pasa con otra persona, mayores serán las oportunidades de la segunda de adquirir la información que desacredita al primero*”⁸¹, todo lo cual le permite desarrollar en clave política y socio cultural su estrategia gradual de reconstrucción y de reconfiguración de identidades, actuando sobre las divergencias identitarias y sus ajustes, así como en la redefinición y en la contracción de sensibilidades y subjetividades, en la reconfiguración de espacios simbólicos y en la contribución a la gobernabilidad de los estados nacionales latinos del hemisferio Sur.

En este sentido la Konrad Adenauer *Stiftung* en su condición de actor privado ordoliberal⁸², canaliza e incrementa una consolidada gestión política y cultural, alemana y occidental marcada por el pensamiento neoliberal⁸³, y deviene en un novedoso instrumento de experiencia, de conocimiento y de

⁸⁰ Fernández, Rocha Gabriela, *Relaciones Colombo - Alemanas: Análisis de la Cooperación Internacional en términos de las lógicas de funcionamiento de las fundaciones cercanas a Partidos Políticos. Caso de Estudio: Fundación Konrad Adenauer en Colombia*, cit., p.36.

⁸¹ Goffman, Erving, *Estigma. La identidad deteriorada*, Amorrortu Editores, Argentina – Madrid. 2006. p. 105.

⁸² Sobre la literatura que aborda el estudio y la descripción del poder e influencia que ejercen las autoridades privadas, ver entre otros, Higgott, Richard A., Geoffrey Underhill and Andreas Bieler, *Non State Actors y Authority in the Global System*, London and New York, Routledge, 2000.

⁸³ Autores clásicos del ordoliberalismo como Wilhelm Röpke y Alexander Rüstow participaron en el año 1938, en París, en el coloquio sobre la discusión del libro *The Good Society*, escrito por Walter Lippmann's. De los 26 intelectuales presentes en el coloquio, 15 de ellos participaron en la constitución, 9 años después el 10 de abril de 1947, de la fundación Mont Pèlerin ocupada en la creación de un *framework* ideológico para la innovación del liberalismo según las

poder que se integra a la vasta y difusa estructura del ‘conocimiento global’ que vincula la teoría social con la praxis política y económica de signo conservador⁸⁴, al tiempo que desarrolla una actividad heterodoxa como parte integrante de la creciente población transnacional de ‘*think thank*’⁸⁵, de redes de intelectuales *orgánicos*, y demás organizaciones de la sociedad civil, para articularse armoniosamente en los distintos niveles jerárquicos de la estructura y de la organización social – local, nacional, regional y mundial – para contribuir a la mediación contemporánea entre los procesos intelectuales del conocimiento y su aplicación práctica según el sentido y el alcance deseado⁸⁶.

Por todo ello, el análisis cuantitativo y cualitativo de la actividad de la Konrad Adenauer en los contextos nacionales latinoamericanos debe ser valorado en términos de una doble e integrada dimensión:

En primer lugar, en cuanto a su propuesta corporativa de incremento de la capacidad de gobernabilidad y de eficacia de los estados e instituciones nacionales, necesaria para gestionar eficazmente los acuciantes desequilibrios sociales y superar las dificultades internas de las sociedades latinoamericanas en sus contextos nacionales, de modo que sean capaces de garantizar la estabilidad y la gubernamentalidad de la periferia del mundo occidental⁸⁷. Y en segundo lugar, debe observarse su

condiciones emergentes luego de la Segunda Guerra Mundial. Compartieron espacio en esta familia neoliberal, junto con los autores ordoliberales, autores neoliberales clásicos como Friedrich August von Hayek, Raymond Aron, Ludwig von Mises, Karl Popper y Michael Polanyi. Sirva esta nota para acercar las biografías personales de autores ordoliberales alemanes y neoliberales austríacos, ingleses y estadounidenses que compartían una misma visión epocal, lazos de amistad, vínculos personales y una misma matriz de pensamiento, aunque eventualmente diferían en las formas sobre el contenido y el alcance de la intervención del Estado en los procesos del mercado.

⁸⁴ “Además, la KAS es un observador útil que hace las veces de *think thank* en casa, ofreciendo análisis y reportes periódicos, e identificando temas clave para la política alemana, los informes, actividades y opiniones que tienen un impacto político importante, son leídos y seguidos por distintas instancias en Alemania a nivel gubernamental y no gubernamental, como ministerios, ONG’s, o medios de comunicación.”, Fernández, Rocha Gabriela, *Relaciones Colombo - Alemanas: Análisis de la Cooperación Internacional en términos de las lógicas de funcionamiento de las fundaciones cercanas a Partidos Políticos. Caso de Estudio: Fundación Konrad Adenauer en Colombia*, cit., p.45.

⁸⁵ La obra de Roelofs (2003) aborda convincentemente la proliferación de *think thanks* y su interrelación con la sociedad civil en un esquema de cooperación y de competición, para evidenciar que una gran parte de ellos son financiados desde fundaciones filantrópicas vinculadas al gobierno norteamericano, en un proceso de *americanization*. En este sentido se pronuncia sobre el velo o la máscara del pluralismo (*Mask of Pluralism*). Roelofs, J., *Foundations and Public Policy: The Mask of Pluralism*, New York, SUNY Press, 2003.

⁸⁶ “En este sentido, la red de fundaciones políticas alemanas representa una estructura absolutamente única de conexiones sociopolíticas globales, excepcionalmente eficiente en la mediación de posiciones e intereses, de contactos y relaciones.”, Ernst, Hillebrand, Uwe, Optenhögel, *Mediadores en un mundo sin fronteras. Sobre el papel de las fundaciones políticas alemanas en la política exterior*, cit., p. 141.

⁸⁷ Foucault, Michel, *La gubernamentalidad*, en *Estética, ética y hermenéutica*, cit. p. 45.

actividad en cuanto a la valoración de la contribución de la Konrad Adenauer *Stiftung* a la legitimación de la gobernanza económica mundial como una modalidad específica de ejercicio del poder y de producción de normas sociales – más o menos jurídicas – que funcionan predisponiendo y estandarizando los diversos tipos de comportamiento individual y colectivo que deben integrarse en el orden mundial⁸⁸.

Ambas dimensiones – la eficacia de la gobernabilidad de los Estados nacionales y la legitimidad de los dispositivos de la gobernanza mundial – conforman un binomio indisoluble en la actual fase de desarrollo histórico cooperativo global, que se funcionalizan mutuamente tanto en beneficio de los objetivos privados concretos, como de los objetivos sistémicos globales⁸⁹. De modo que redefiniendo las funciones del ‘Estado de derecho latinoamericano’ contribuyen a la reproducción de las condiciones de funcionamiento del mercado, a la sostenibilidad del sistema global y al incremento del potencial del capital transnacional.

La capacidad operativa de la actividad de la Konrad Adenauer en América Latina debe valorarse en la medida de su capacidad ideológica para formular proyectos jurídicos y promover políticas públicas en los distintos Estados nacionales, a través de los distintos mecanismos de representación y de toma de

⁸⁸ “Pregunta 13: ¿Cuenta la KAS con potencial para participar en la configuración de la política en países emergentes? *Sí, aunque que no es el objetivo principal de la KAS participar activamente en la configuración de la política en países emergentes, ni tener injerencia directa en la política, lo que la KAS hace es ofrecer su expertise y sus ideas a sus contrapartes en Colombia, de manera que se logre un trabajo conjunto y un proceso de intercambio a conciencia. Aunque somos conscientes de que terceros países no pueden ni deben adoptar al 100% el estilo alemán, si promovemos los beneficios de una Economía Social de Mercado, una democracia transparente, la pluralidad política, el Estado Social de Derecho, la libertad, etc.*”, Entrevista presencial realizada a Stefan Jost, representante de la oficina de la KAS en Colombia, en, Fernández Rocha, Gabriela Patricia, *Relaciones colombo - alemanas: análisis de la cooperación internacional en términos de las lógicas de funcionamiento de las fundaciones cercanas a partidos políticos: caso de estudio: Fundación Konrad Adenauer en Colombia*, cit., Anexo 1.

⁸⁹ “Otra serie de rasgos complementarios que tipifican esta nueva modalidad de acumulación capitalista tienen relación con el Estado: su papel se transforma, pero no exactamente en el sentido de una “retirada” económica en aras de la iniciativa privada, como suele sostenerse. Lo que ocurre más bien es una redefinición de sus funciones económicas, menos orientadas ahora hacia cierto tipo de gastos –de naturaleza “social” y más encaminadas en cambio hacia la creación de economías externas y apoyaturas económicas y financieras que configuren un “clima favorable” para la atracción de las transnacionales. Este proceso paradójico tan sólo si no se piensa dialécticamente exhibe un doble resultado, por una parte, un fortalecimiento de la penetración imperialista y la dependencia, consecuencia inexorable de la expansión de las transnacionales, al mismo tiempo, el acelerado crecimiento y la racionalización del capitalismo de Estado, que no necesariamente cede lugar ante aquéllas sino que como lo demuestra el caso brasileño hasta se atreve a disputar en ciertas ramas de la producción la preponderancia de las corporaciones transnacionales. Lo que ocurre, sin embargo, es que este capitalismo de Estado está subordinado a las leyes generales que regulan el movimiento del modo de producción, y su papel es justamente crear las condiciones más favorables para el mantenimiento de altas tasas de rentabilidad en las empresas monopólicas del sector privado.”, Borón, Atilio A., *Estado, capitalismo y democracia en América Latina*. CLACSO, Buenos Aires, Argentina. 2003. p. 42.

decisiones. La valoración cualitativa del impacto de la actividad que realiza la Konrad Adenauer *Stiftung* se centra en su capacidad de socializar patrones, inducir valores de conductas y normalizar comportamientos sociales en general, a través de la importación de valores occidentales reflejados en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos; por demás, ordenamientos jurídicos ‘sometidos a una precaria orfandad’ por no ser lo suficientemente occidentales para pertenecer a aquella familia jurídica, ni lo suficientemente ‘exóticos’ para conformar su propia particularidad y autonomía⁹⁰.

Quizás la cuestión más controvertida en el acercamiento interdisciplinario al objeto / sujeto de estudio, sea el analizar, por un lado, la legalidad *soft* de los medios empleados, y por otro, la legitimidad de los fines perseguidos; o el deber de contrastar las declaraciones de intenciones y la retórica publicista empleada con los resultados sociales contrastables a mediano y a largo plazo según la práctica y la experiencia acumuladas durante el ejercicio de las distintas estrategias del poder. Se trata comúnmente de una estrategia ejecutada, desde el vértice del poder, consistente en una ‘inteligente e imprevisible conjugación de medios legales y de fines ilegítimos’, pero que deja fuera del alcance de la razón a los fines mismos según un tipo de racionalidad ‘*finalista*’ e instrumental que ha ido vinculando, en un progreso histórico, la normación de las reglas y los medios de la acción, permitiendo al individuo la posibilidad de hacer una consideración personal acerca de los fines, pero sin posibilidades reales de alterarlos.

Una hipótesis inicial de este discurso es asumir que la edificación de la legitimidad de la gobernanza mundial, funcionaliza – y debilita en cualquier grado significativo – la capacidad soberana de los estados nacionales latinoamericanos. Cuestión que si bien no es novedosa en sí, nunca queda formalizada explícitamente en la actividad retórica de la Konrad Adenauer *Stiftung* como actor privado transnacional que ejerce su actividad de trasplante en América Latina.

La propia confianza explícita – y reticular – que vincula la infraestructura de las oficinas latinoamericanas de representación de la Konrad Adenauer *Stiftung* con sus entes nacionales asociados, representa para estos últimos, un plus de transferencia simbólica que se adiciona a su propia carga de legitimación nacional, y deviene en un simbólico ligamen por el cual quedan vinculadas, instrumentalizadas y cooptadas por una fuerte organización internacional que representa los intereses

⁹⁰ “La “*regione*” infatti è stata prodotta da un sofisticato discorso giuridico. La caratterizzazione dei suoi sistemi giuridici è sempre rimasta in bilico: non sono abbastanza europei per essere considerati davvero parte integrante di quella tradizione, ma neanche abbastanza esotici per far valere l’eccezione “*culturale*.””, Marini, Giovanni, *Diritto e politica. La costruzione delle tradizioni giuridiche nell’epoca della globalizzazione*, Rivista Pòlemos, 1, 2010. p. 59.

de uno de los países líderes e históricos del orden mundial contemporáneo – La República Federal de Alemania –. Este consenso interno del ‘universo social’ de relaciones, promovido por la Konrad Adenauer *Stiftung*, es concebido por las instituciones locales asociadas como una simbólica inversión privada que ha de rentabilizarles económica, social y moralmente en el campo de las relaciones públicas nacionales e internacionales, por cuanto las estrategias y dinámicas que en él se desarrollan le reportan trascendencia e influencia externas al universo específico *kasiano* – ningún campo social es un espacio aislado, sino un conjunto de bordes imprecisos y de trayectorias cambiantes, semejante a una nube según la ‘metáfora’ de BOURDIEU –⁹¹.

La Konrad Adenauer *Stiftung* le proporciona a sus entidades asociadas y demás *partners* nacionales, una plataforma mediática de expresión en la esfera pública con la cual tienen la posibilidad de hacer constatar su presencia social como actores nacionales, con iniciativas y mensajes específicos, e incluso, la posibilidad de portar su mensaje y de trascender al plano internacional.

En la Tabla No. 1 puede observarse sintetizadamente la naturaleza pública y privada de las contrapartes nacionales de las oficinas de representación de la Konrad Adenauer *Stiftung*, y puede advertirse que cubren una amplia gama de la sociedad civil latinoamericana, desde universidades, centros e institutos de investigación, hasta sindicatos, partidos políticos y organizaciones sociales, pasando por el tejido empresarial, las organizaciones patronales y las entidades públicas y estatales de las diferentes naciones. La Tabla No. 2 identifica la totalidad de las contrapartes nacionales de las oficinas de representación de la Konrad Adenauer en cada uno de los estados nacionales latinoamericanos en los que tiene presencia.

De este modo, la Konrad Adenauer *Stiftung* – KAS – ha conformado en América Latina un conjunto concreto de relaciones sociales corporativas, estables en el tiempo, que poseen una historia, un presente y una perspectiva futura para los diversos entes que interactúan, generando un espacio mediático homologable al que disfrutaban las instituciones y las temáticas oficiales. Lo cual significa, considerando la amplitud de su presencia y la intensidad de su acción, que desempeña un rol intelectual nada despreciable en el alcance y en la distribución de la agenda de pensamiento y la práctica ordoliberal, conectada a otras fuerzas y colectivos sociales que ocupan posiciones importantes en el estrecho y restringido espacio de los estados nacionales latinoamericanos. La producción intelectual ordoliberal le permite a la Konrad Adenauer *Stiftung* consolidar vínculos, transformar las tradiciones neoliberales hegemónicas estadounidenses en la región, y rearticular el

⁹¹ Bourdieu, Pierre, *Poder, derecho y clases sociales*, Palimpsesto 6, Bilbao, 2000, pp. 14– 24.

ligamen entre los intelectuales *orgánicos ordoliberales* y sus bases sociales latinoamericanas según su propia agenda corporativa y los intereses transnacionales foráneos que representa.

Esta lógica interna continental de relaciones cooperativas del universo KAS – soportada sobre la afinidad ideológica, la dependencia económica, y una asimétrica y progresiva interpenetración funcional entre los interlocutores asociados –, también tiene incidencias externas, circula y se extiende por toda la sociedad. Como en toda trama de relaciones sociales, sean estas globales o locales, el movimiento y la expansión del universo KAS está garantizado por la cambiante realidad social que impone nuevos retos y adaptaciones, por las subtramas, las rupturas y las discontinuidades en las cuales se disputan constantemente los complejos juegos de poder entre las partes autónomas, ceñidas a un orden delimitado por un marco de referencia ordoliberal y en el cual las estrategias de comunicación, internas y externas, resultan imprescindibles para sofocar el conflicto y gestionar las constantes fricciones entre las esferas política, económica y social.

De esta manera, el ejercicio de la voluntad política promovida desde la visión de la Konrad Adenauer *Stiftung* en los contextos nacionales latinoamericanos, que interviene en la construcción del espacio público y del bien común ⁹², y la idea de la formación de la ciudadanía en base a un comportamiento comprometido y universalmente responsable, se convierte para el universo de relaciones *kasiano* en un recurso intangible, tanto de identidad interna como de legitimidad externa, que se traduce en el acceso a una ‘licencia política’ para el ejercicio de su acción de transmutación con la anuencia de las élites políticas nacionales – “*Moreover, private–public partnership (PPP’s) should not be seen as zero–sum games between states and private actors*”⁹³ –. De este modo, el espacio interior de confianza y de cooperación ordoliberal que vincula a los entes asociados con las oficinas de representación de la Konrad Adenauer *Stiftung*, y a los beneficiarios o destinatarios finales de la acción política pública, conforman una ‘abigarrada red institucional de influencias y de interdependencias recíprocas y asimétricas’ en cuanto a la lógica del despliegue de medios por controlar el poder y el conocimiento como recurso con significación política que deviene en autoridad e influencia. Todo lo cual contribuye a fortalecer la propia presencia institucional de la Konrad Adenauer *Stiftung*, y *de facto*, refuerza su renovada legitimación social que se nutre de la utilización contratada de decenas de supuestos interlocutores locales ‘colaboracionistas’, que participan en la ejecución de sus proyectos y confieren

⁹²“El concepto medieval de bien común, lejos de señalar la existencia de una esfera política, sólo reconoce que los individuos particulares tienen intereses en común, tanto materiales como espirituales y que sólo pueden conservar su identidad y atender a su propio negocio si uno de ellos toma sobre sí la tarea de cuidar el interés común”, Arendt, Hannah, *La condición humana*, Paidós, Barcelona. 1996. p.46.

un *quórum* legitimante a sus actividades.

En sentido ordoliberal, la expresión ‘cooperación’ utilizada en la redacción del texto, debe entenderse en el sentido de respuesta viable, calculable y solución estratégica a la previa construcción, desde el vértice del poder, de un forzado estado de ‘necesidad mutua y asimétrica’. La generación de un estado de interdependencia global y asimétrica que mina la capacidad autónoma de los estados nacionales, en sede de soberanía material, que se ven forzados a cooperar al interno del *stablishment*, con lo cual, de facto, lo reproducen y amplían.

Por lo tanto, la fundación Konrad Adenauer – cuya labor política y social en América Latina como fuente de trasplante de manifestaciones sociales y normas jurídicas ordoliberales es el objeto de estudio –, constituye una institución transnacional con una fuerte presencia continental, representada a través de sus veinte sedes de oficinas nacionales y de sus cuatro oficinas que dan cobertura a otros tantos programas continentales en América Latina. La fundación Konrad Adenauer ha sabido conformar una ‘sólida identidad colectiva como soporte de su acción política y social’, a partir de una implícita licencia política gubernamental otorgada para su acción en el espacio público, a través de la cual provee de valores como ‘consenso, conocimiento, experiencia, autoridad moral y legitimidad’ a los híbridos, exóticos y estigmatizados sistemas jurídicos nacionales y a los maltrechos ‘sistemas democráticos occidentales latinoamericanos’⁹⁴, todos matizados ordoliberalmente⁹⁵.

La presencia y la actividad de la fundación Konrad Adenauer en América Latina responden a una ‘racionalidad estratégica’ perenne de monitorización y de seguimiento que el vértice del poder global ejerce sobre la periferia del orden mundial. Este modelo de estrategia ‘glocal’ es esencial y básica para los intereses geopolíticos de los principales actores globales. La labor de exploración y de control que realizan sistemáticamente se justifica por el beneficio integral que deriva del conocimiento proveniente del macro análisis de los micro procesos de las distintas dinámicas locales periféricas – lo cual incluye

⁹³Risse-Kappen, Thomas., Börsel, Tanja A., *Public-Private Partnership: Effective and Legitimate tools of International Governance?*, cit., p. 1.

⁹⁴ “La regione infatti è stata prodotta da un sofisticato discorso giuridico. La caratterizzazione dei suoi sistemi giuridici è sempre rimasta in bilico: non sono abbastanza europei per essere considerati davvero parte integrante di quella tradizione, ma neanche abbastanza esotici per far valere l’eccezione culturale.”, Marini, Giovanni, *Diritto e politica. La costruzione delle tradizioni giuridiche nell’epoca della globalizzazione*, cit., p. 59.

⁹⁵ Para ver un criterio diferente, Brühl, 2001 – “Some have even argued that the inclusion of private actors enhances the problems of democratic legitimacy in international institutions rather help to alleviate them since private actors contribute to the “de-governamentalization” and “commercialization” of world politics”. Brühl, Tanja, *The privatization of Governance Systems: On the legitimacy of Environmental Policy*, Paper presented at Global Environment and the Nation State, at Berlin, December, 2001.

un interés económico directo –⁹⁶. No es cierto que lo ‘local’ sea una constante en el complejo proceso de globalización. Sus capacidades y sus conflictos pueden devenir en una variable – que aun siendo local – establezca relaciones causales para la actuación de los ciudadanos y el resto de los actores⁹⁷.

La ingente necesidad del poder por controlar todas las variables, implica prestarle atención a la realidad de los actores locales⁹⁸. Lo expuesto es válido, en sede de circulación de modelos jurídicos, en cuanto a la complejidad de los movimientos de reciclajes transnacionales y multidireccionales⁹⁹, de exportación – importación de ‘productos jurídicos’, y de trasplantes entre el centro y la periferia del ‘orden mundial’¹⁰⁰, propio de prácticas de *post* dominación colonial¹⁰¹.

En última instancia, se trata de implementar desde el vértice del poder una ‘ingeniería social del control predictivo’ estableciendo la estricta observancia sobre las reglas del juego del comportamiento social, de modo que pueda reducirse la incertidumbre informativa y convertir el devenir social en lo más parecido posible a una operación de cálculo de probabilidades que minimicen el riesgo de funcionamiento sistémico. El sistema capitalista mundial, diseñado como ‘sociedad mundial de riesgo

⁹⁶ “Por lo tanto, se podría concluir al menos provisoriamente que el objetivo de las transnacionales es realizar el capital fundamentalmente a través del aprovechamiento de su posición monopólica en los mercados de la periferia.”, Cardoso, Fernando H., *Autoritarismo e democratização*, Río de Janeiro, Paz e Terra, 1975. p. 53.

⁹⁷ “Por consiguiente, lo que caracteriza al capitalismo contemporáneo es la multiplicación de los “sepultureros” que colaboran con el más antiguo e importante en el socavamiento de las estructuras de la sociedad burguesa. Esta se enfrenta así a la negatividad de un conjunto muy grande y diversificado de sectores que en algunos casos plantean demandas puntuales, y en otros reivindicaciones globales y cuyo control por las clases dominantes resulta crecientemente problemático. La consternación de los principales teóricos de “la crisis de la democracia” ilustra adecuadamente esta preocupación. En efecto, más allá de la posible radicalización de estas exigencias de autonomía e identidad, de la afirmación de los intereses sectoriales y de la propagación de ideologías puntualmente antisistémicas, la simple proliferación en el número de grupos y sectores sociales excluidos o marginados implica, en términos prácticos, un aumento en los niveles de conflictividad del capitalismo en un contexto signado por la declinante eficacia y efectividad de los aparatos estatales y una erosión en sus márgenes de legitimidad.”, Borón, Atilio A., *Capítulo IX. Tras el diluvio siempre sale el sol. La teoría política marxista entre las transformaciones del capitalismo y el derrumbe de los “socialismos realmente existentes: Estado, capitalismo y democracia en América Latina*, cit., p. 221.

⁹⁸ Rosenau, James N., Czempiel, Ernst-Otto, *Governance without government: order and change in world politic*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992, p. 273.

⁹⁹ Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho y persona. Introducción a la teoría del derecho*, Grijley, Lima, 1998. p. 31.

¹⁰⁰ López Medina, Diego Eduardo. *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Legis Editores, Colombia, 2004.

¹⁰¹ “La “periferia” in molti casi, infatti, si serve (consapevolmente o meno) dei prodotti del “centro” instaurando con esso una relazione complessa. Nella prospettiva della circolazione dei modelli è infatti emerso come alcuni luoghi siano prevalentemente un sito di produzione del modello o della teoria (“il centro”) ed altri un sito di recezione (“la periferia”). Fra i due si instaura una complessa dinamica: arrivati a destinazione, modelli e teorie possono subire processi di deviazione, trasformazione, riciclaggio e cannibalizzazione. Ed i modelli importati possono venire rielaborati in modo originale ed anche radicale, talvolta, per poi, così rielaborati, tornare al centro.”, Marini, Giovanni, *Diritto e politica. La costruzione delle tradizioni giuridiche nell’epoca della globalizzazione*, cit. p. 23.

postindustrial’, cuanto más crece más necesita de ‘cierto orden’ para compensar el caos, gestionar la creciente complejidad de su funcionamiento y disminuir la incertidumbre que le son propias. A la ‘sociedad de riesgo mundial’ le es aplicable el concepto de ‘criticidad autoorganizada’, a través de cual el sistema conoce y reconoce el ‘efecto mariposa’¹⁰² – el simple batido de las alas de una criatura diminuta puede bastar, gracias a amplificaciones sucesivas, para provocar huracanes e inestabilidades sistémicas – como causa capaz de provocar un ‘reajuste’ del sistema mundial que le fuerce a una nueva ‘normalización’, con el costo social asociado. Que bien pudiera ser a un nivel ‘inferior’, más estable y ‘mucho menos habitable’.

Los actores del poder global pretenden identificar en la experiencia de lo local las cuestiones que puedan enriquecer y legitimar su paradigma mundial, y alejarles del borde del caos y de la intrínseca inestabilidad del sistema capitalista. El Imperio – o la sociedad de control mundial¹⁰³ – es la forma del poder que tiene por objeto la naturaleza individual humana, y de este modo se conforma como un ‘biopoder’ que incorpora la ‘humanidad’ a su propio funcionamiento orgánico. La ‘acción estratégica’ está dirigida al perfeccionamiento de los medios que conducen al éxito de la *praxis*, es decir, a la consecución de un fin, lo cual no implica necesariamente una valoración de las metas mismas. La coordinación estratégica de los actores globales desde el vértice del poder, además de no resolver los problemas locales, los ocultan y los funcionalizan en su propio interés.

Lo anterior, si bien remite a la emergencia de una globalidad, justifica que la fundación Konrad Adenauer desarrolle programas estratégicos de acciones locales y nacionales a largo plazo, ajustados y coherentes – que conservan siempre la capacidad de cambiar rápidamente sus tácticas – a través de cada una de sus sedes nacionales de representación, en concordancia con las particularidades sociopolíticas de cada una de las naciones, los recursos culturales de los actores locales, y las idiosincrasias de los destinatarios de su gestión, que puede identificarse – en este caso concreto – con todo el cuerpo social de cada una de las naciones latinoamericanas.

Incluso, el acceso a la licencia política para ejercer las actividades *kasianas* en los estados nacionales latinoamericanos, permite que el ‘control del espacio local’ admita que en virtud de la libertad de expresión, de la libertad de conciencia y siempre en el marco de la cooperación internacional Norte – Sur, que la fundación Konrad Adenauer sostenga institucionalmente, bien de manera directa o bien como plataforma de opinión, la crítica mordaz y/o contenida contra aquellos gobiernos nacionales con

¹⁰² George, Susan, *Sus crisis, nuestras soluciones*, cit. pp. 261 –267.

¹⁰³ Hardt, Michael, *La sociedad Mundial de Control*, cit. p.1.

los cuales no mantiene vínculos de afinidad ideológica; y que incluso, realice críticas ‘constructivas’ frente aquellos países con los cuales goza de excelentes relaciones políticas, alertando sobre los riesgos y los peligros que pueden derivarse de una desacertada política económica, y las causas y consecuencias de una ineficiente gestión pública que ponga en peligro la propia sostenibilidad de los fundamentos del modelo económico y político capitalista ¹⁰⁴.

Este doble juego intelectual e institucional *kasiano* ‘de suma positiva’, que tiene por objeto la gestión de las soberanías nacionales a través del ejercicio de una indirecta influencia en la gestión gubernamental – que no le vincula de manera inmediata con la propia gestión del gobierno – le permite, por un lado el sostenimiento legítimo del sistema capitalista de producción y de control de la sociedad, y por otro lado, le permite abogar por la renovación y el perfeccionamiento sistémico del *status quo*, como un proceso que posee su propio movimiento interno de autocorrección y de reforma, sin propiciar las rupturas sociales ¹⁰⁵.

En este doble juego ordoliberal de ‘racionalización liberista y de integración sistémica capitalista’ se encuentra una muestra de sus ‘raíces históricas’ ¹⁰⁶ y de la objetividad pragmática con la que aborda el

¹⁰⁴ “Pero estas medidas remiten, en última instancia, a la “madre de todas las batallas”: la reforma tributaria. En efecto, ninguna reforma del estado digna de ese nombre será posible en los estados latinoamericanos sin cortar de raíz la Hidra de las Siete Cabezas del “veto contributivo” que hasta hoy ejercen las clases dominantes. Sin atacar esta pesada herencia que proviene de la época colonial –¡los conquistadores y colonizadores no debían pagar impuestos, sino recibir tributos de los nativos!– no habrá estado dotado de las capacidades mínimas necesarias para estar a la altura de los desafíos de la hora actual. Esto supone, entonces, acabar con tan perversa tradición que gozan los ricos y las grandes empresas, situación tan escandalosa que hasta los propios informes y estudios del FMI parecen libelos ultra-izquierdistas más que documentos elaborados por fríos tributaristas. La lucha contra esta lacra social presupone asimismo un combate contra la evasión y la elusión tributaria, y el diseño de una estructura impositiva que abandone la radical regresividad actual y la sustituya por un modelo de tributación progresiva.”, Borón, Atilio A., *Estado, capitalismo y democracia en América Latina*, cit., p.22.

¹⁰⁵ “Las fundaciones políticas, gracias a sus contactos de muchos años y su inserción en los sistemas comunes de valores de las «comunidades normativas» [policy communities], resultan entonces especialmente adecuadas como mediadoras en esta situación. Por otra parte, hay dos cuestiones que serán cada vez más importantes: primero, en el futuro esa función mediadora tendrá que separarse un poco de la red de elites operativas político-administrativas que hasta ahora ocupan el primer plano. Para los fines de la función de diálogo, es preciso incorporar cada vez más a esos procesos nuevos actores (como las ONGs internacionales y sus redes, los intereses económicos, etc.) y también las «contra elites» incipientes – estas últimas frecuentemente con una orientación antioccidental explícita. Al mismo tiempo el centro de gravedad regional debe alejarse un poco de los puntos focales precedentes (las relaciones transatlánticas y europeas). Los Estados del Tercer Mundo – sobre todo los países emergentes con influencia regional, importancia económica en ascenso y creciente consumo de recursos naturales – deberían ser integrados más profundamente a esos procesos.”, Ernst, Hillebrand, Uwe, Optenhögel, *Mediadores en un mundo sin fronteras. Sobre el papel de las fundaciones políticas alemanas en la política exterior*, cit., p. 139. Disponible en, <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/chile/01893.pdf>

¹⁰⁶ *La Rivoluzione d'ottobre costituì uno sbocco praticabile per la soluzione comunista alla questione sociale, facendo percepire come non più rinviabile la ricerca di una terza via tra liberalismo classico e socialismo: l'incapacità di riformare l'ordine proprietario sarebbe equivalsa a una sua condanna definitiva. E l'occasione per evitarla venne fornita*

análisis de la realidad social latinoamericana. Este ejercicio constituye una importante contribución a su legitimidad política y de aceptación general para el resto de los actores políticos y sociales¹⁰⁷, tanto en el plano nacional como en el plano internacional, por cuanto le permite asumir institucionalmente una ‘línea política dialógica neutral’ que se traduce en una distancia crítica de seguridad con los eventuales ‘des-órdenes’ provocados por las políticas gubernamentales nacionalistas, proteccionistas y soberanas de los gobiernos latinoamericanos, encausándolas sutilmente – a través de la crítica legitimada que proviene básicamente de su identidad foránea germana, jerarquizada en el contexto internacional – hacia las necesarias transformaciones estructurales nacionales, que han de conllevarles hacia la inevitable complementariedad periférica y semi periférica en el orden económico mundial. Para ello, el discurso que se realiza, desde y hacia la gobernanza mundial en aras de su legitimación, ha funcionalizado el Derecho e incorporado cuestiones jurídicas prescriptivas, empleando en muchas ocasiones la modalidad ‘postlegislativa y postdemocrática’ del *soft law* para incorporar nociones, entre otras, como la sostenibilidad ambiental, el desarrollo sostenible, el código de buen gobierno, y la responsabilidad social corporativa.

Súmense a lo anterior las cuestiones relacionadas con la cohesión social a través de la lucha contra ‘la pobreza extrema’, el uso de las energías renovables, el tratamiento del cambio climático, el uso sostenible de los recursos naturales, la política de transferencia tecnológica, la integración regional y la propia conceptualización de ‘los derechos humanos’¹⁰⁸, que tienen el efecto de incrementar, entre todos, la fuerza de atracción y de asimilación gravitatoria que ejerce la gobernanza mundial sobre los contextos locales y nacionales, evitando el obstáculo de la soberanía estatal, que viene eludida u

dal primo conflitto mondiale e dalle politiche interventzioniste che esso impose, con la relativa enfasi sul «dovere sociale» degli individui e sulla «funzione sociale» delle loro condotte.”, Somma, Alessandro, *L’economia sociale di mercato/2. Dal nazional socialismo all’ordoliberalismo*. Rivista quadrimestrale online del Centro Einaudi, 2009 Centro di Ricerca e Documentazione Luigi Einaudi. maggio-agosto, n. 198. p. 1. Disponible en, www.centroeinaudi.it/centro/bdl.html

¹⁰⁷ “(...) pues el éxito del nazismo se debe tanto al extenso uso que hizo de los medios represivos como a que movilizó e integró a las masas por medio de la fascinación estética. Lo que en esencia motivó esto fue la oposición irreconciliable que había entre el fundamento social anticapitalista y la función social procapitalista del nazismo. Por eso el estado nazi pudo ayudarles a las masas a expresarse, pero no les hizo justicia”, Reichel, Petel, *La hermosa apariencia del Tercer Reich, en, Alemania en el Siglo XX*. Universidad de los Andes, Facultad de ciencias sociales, Bogotá, DC Colombia. 2009, p. 103.

¹⁰⁸ “Lo stesso linguaggio dei diritti umani, rivisitato da un’ottica globale, rivela anch’esso sempre nuovi punti critici al suo interno: in parte perché appare soggetto ad alcune tradizionali ‘tirannie’. Specie la tirannia della diversità culturale appare una delle più difficili da combattere, perché può esporre al rischio di un conflitto con coloro che in quella diversità si riconoscono e di una violenza che si farebbe loro costringendoli a una ‘emancipazione’ che non vogliono o alla quale non sono ancora pronti.”, Ferrarese, Maria Rosaria, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, cit., p. 154.

obviada ¹⁰⁹. En este caso concreto se trata de la incorporación, a través de la actividad de trasplante desplegada por un *think thank* transnacional como la Konrad Adenauer, de un ‘modelo social de gestión ordoliberal del poder global’ adaptado a una precaria y vasta realidad continental subdesarrollada.

En este sentido es comprensible que la Konrad Adenauer *Stiftung* en su labor *soft* de prestación de un servicio corporativo de ‘mediación política’ no gubernamental, y ubicada al interno de los diversos subsistemas sociales nacionales latinoamericanos, no promueva abiertamente el enfrentamiento y el cuestionamiento de las estructuras del poder económico y político latinoamericanos que sustentan esos sistemas de gestión de la democracia occidental; lo cual no desdice que realice una crítica abierta contra aquellos gobiernos que promueven salidas alternativas más radicales, y que eventualmente comiencen a desempeñar una actividad *a-normal* o *desviada* del esperado funcionamiento sistémico y orgánico ‘liberista’ a nivel global.

Instrumentalmente el universo KAS, como ‘sujeto intelectual colectivo transnacional’ al servicio de la política exterior alemana¹¹⁰, opera en el reino de las políticas institucionalizadas, promoviendo la innovación política a partir de la transformación del pensamiento político – la crítica y la interpretación, la restructuración de actitudes, de valores y de comportamientos –. En cualquier caso, las oficinas de representación en América Latina de la Konrad Adenauer *Stiftung* se incorporan a los sistemas contemporáneos de representación política como entidades privadas – *quasi* públicas no estatales – que refuncionalizan en beneficio de su propia estrategia corporativa global el quehacer cotidiano de los actores políticos nacionales vinculados a su red continental de oficinas de representación; este ente colectivo complejo de relaciones difusas y convergentes se ha denominado en

¹⁰⁹ Ferrarese, Maria Rosaria, *La governance tra politica e diritto*, cit., p. 42.

¹¹⁰ “Hoy más que nunca se necesitan mediadores políticos que actúen entre los subsistemas de las distintas sociedades del mundo. La República Federal de Alemania cuenta con un muy buen punto de partida para una política exterior con los perfiles mencionados. Son considerables los «recursos corporativos» de la sociedad que pueden movilizarse para relaciones exteriores de este tipo. Las estructuras no gubernamentales de presencia exterior que se han desarrollado en Alemania en el curso de las últimas décadas representan justamente un recurso con el que puede y debería prosperar una «diplomacia pública» futura. Las fundaciones políticas alemanas son parte de esas estructuras. Ellas representan mundialmente uno de los instrumentos más interesantes de una política exterior basada en la influencia de la sociedad civil. Su valor político incluso podría aumentar en vista de los cambios en el sistema internacional que mencionamos anteriormente. Ya en la época de la confrontación Este/ Oeste y en la etapa de transformación que siguió al fin del conflicto, las fundaciones políticas tuvieron un papel importante en el diseño y la realización de la política exterior y de desarrollo alemán, actuando a la frontera entre el mundo de la sociedad y el del Estado. Pero estamos convencidos que este tipo de trabajo será aún más útil y necesario en un mundo globalizado.”, Ernst, Hillebrand, Uwe, Optenhögel, *Mediadores en un mundo sin fronteras. Sobre el papel de las fundaciones políticas alemanas en la política exterior*, cit., p. 139. Disponible en, <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/chile/01893.pdf>

la redacción del texto como ‘universo KAS’.

El punto que debe valorarse en relación con esta cuestión de interdependencias recíprocas y asimétricas, entre actores operativos nacionales latinoamericanos y un sujeto privado estratégico internacional, o de manera más general, entre sujetos donadores del Norte y actores receptores del Sur, es saber si esta relación – que se ha descrito anteriormente como asimétrica porque efectivamente carece de la necesaria transparencia de gestión, carece de los mecanismos democráticos de decisión y de un plano de horizontalidad de reflexión y de decisión entre las partes – a la postre pueda ser considerado, o no, como un mecanismo de cooperación efectivamente saludable para las respectivas democracias nacionales latinoamericanas y para el sistema político continental en su conjunto, de manera que el sistema democrático se fortalezca y se enriquezca según sus propias necesidades de demandas sociales y señas de identidad. O, si por el contrario, la interdependencia recíproca y asimétrica que se implementa, es un ‘mecanismo cooperativo’ que genera una mayor disfuncionalidad social en el mercado de opciones políticas latinoamericanas que el Occidente continental europeo promueve e incorpora en estas naciones; lo cual a su vez, incorpora una mayor distorsión democrática como consecuencia del proceso de funcionalización global ordoliberal.

En esencia, se requiere una proyección *ex-ante* sobre las consecuencias del costo político y social de una más intensa incorporación ordoliberal, periférica y funcional de América Latina al orden del mercado mundial; y si en virtud de una formulación neoliberal estructuralista, su asimilación contribuye al beneficio de su sostenibilidad social y de su autonomía¹¹¹.

En última instancia, en esta Primera parte de la tesis se trata de articular un discurso contestatario que describa en grandes trazos el mecanismo de cooperación *kasiano* y de evidenciar cuáles son los resultados de esta labor de generalización, que *a priori*, apunta hacia una homogenización orgánica y cultural que absorbe – y niega – cualquier producción de discursos alternativos de reivindicación – cualquier fragmentación fundada en la práctica social sobre las efectivas particularidades, las diversidades sociales y las singularidades de los pueblos latinoamericanos. Todo lo cual se realiza, desde el universo *kasiano*, por las infinitas posibilidades de adaptación del discurso ordoliberal,

¹¹¹Para ver una hipótesis relacionada con el tema: “*Participation of non-state actors per se does not make international governance more democratic, if this participation is selective and lacks transparency.*”, Risse-Kappen, Thomas., Börsel, Tanja A., *Public-Private Partnership: Effective and Legitimate tools of International Governance?*, Prepared for the Edgar Grande / Louis W. Pauly (editores), *Complex sovereign: On the Reconstitution of Political Authority in the 21st Century*. 2002. p. 17.

sofisticadamente articulado, que se auto expone como la combinación perfecta entre los órdenes ¹¹² de la política, del derecho y de la economía, de la síntesis armónica entre la competencia económica ¹¹³ y la justicia social¹¹⁴. En el caso en cuestión, a través del trasvase ideológico ordoliberal bajo la ecléctica, disciplinante y postmoderna fórmula *promozionali* de la ‘economía social de mercado’: “(...) *l’essere l’economia sociale di mercato un sistema di conformazione dei comportamenti individuali che mira a costruire un certo ordine del mercato, ma che nel contempo opera a livello politico, o più precisamente biopolitico, alimentando forme di convivenza sociale di matrice organicista e da esse traendo forza. Non siamo cioè di fronte a una teoria che affronta il tema dell’ordine del mercato in chiave meramente istituzionale o costituzionale(...)*”¹¹⁵.

2– LA KONRAD ADENAUER STIFTUNG COMO UN PRIVATE–PUBLIC PARTNERSHIP (PPP’S).

Al analizar la Konrad Adenauer Stiftung como arreglo *voluntario* de asociados públicos y privados, de carácter internacional, le es aplicable la analítica foucaultiana que define el concepto de poder a partir de la idea de *espacio relacional*, de modo que el poder viene definido ‘*como un campo estratégico en el cual se sitúan una pluralidad de dispositivos interesados en la apropiación de los cuerpos y en la producción de individualidades*’¹¹⁶. Es así que puede realizarse la descripción *foucaultiana* del poder *kasiano* a partir de la consideración de su condición reticular y difusa, que se presenta como un ‘no

¹¹²“(…) no pidamos a la competencia – exhortaba Röpke - más de lo que puede dar. Se trata de un principio de orden y de dirección en el ámbito específico de la economía de mercado y la división del trabajo, no de un principio sobre el cual sea posible levantar la sociedad entera. Moral y sociológicamente, la competencia es un principio peligroso más disolvente que unificador. Si la competencia no debe actuar como un explosivo social, ni degenerar al mismo tiempo, presupone un encuadramiento tanto más fuerte al margen de la economía, un marco político y moral tanto más sólido...”, Röpke, Wilhem, *La crisis de nuestro tiempo*, citado por Foucault, Michel, *Nacimiento de la Biopolítica. Curso en el Collège de France (1978-1979)*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2007. p. 279.

¹¹³“(…) se concluye que el libre mercado es una creación relativamente reciente. En efecto, sólo a partir del siglo XIX y no más allá de las primeras décadas del siglo XX, el mercado se desincorpora del complejo de las relaciones sociales: en los mercados tradicionales los precios preexisten al intercambio ya no son influenciados fácilmente por el volumen de la oferta y la demanda. Sólo durante el período mencionado, la competencia se consolida como un mecanismo dominante frente a los demás mecanismos de repartición de la riqueza: la transacción redistributiva y la donación socialmente obligatoria.”, Somma, Alessandro., *Introducción crítica al Derecho europeo de los contratos*”, cit. p. 20.

¹¹⁴ Wiethölter, R., *Diritto dell’ economia: Analisi de una «Formula Magica»*, en *L’ uso alternativo del diritto*, elaborado por, Pietro Barcellona, Tomo I –*Scienza giuridica e analisi marxista-*, Editori Laterza, 1973.

¹¹⁵ Somma, Alessandro, *L’economia sociale di mercato / 1. Il fascino della terza via: Torna di moda un passato mai passato*. cit., p. 1.

¹¹⁶ Castro Orellana, R., *La ciudad apestada. Neoliberalismo y panóptico*. Revista de ciencia política, v.29 n.1 2009. pp. 165-183.

lugar que contiene un haz de líneas de fuerzas que condiciona el encierro virtual de los individuos bajo un estricto programa orientado a promover conductas dóciles y esperadas. En este sentido, la Konrad Adenauer *Stiftung* se presenta como una lógica de poder inclusiva y positiva, centrada en la captura espacial de los cuerpos, “*que desplazaría históricamente a una función secundaria la función de un poder excluyente y negativo*”¹¹⁷.

Al valorar la acción institucional al interno del sujeto *kasiano* como un ente corporativo, surcado transversalmente por sus disímiles relaciones reticulares de poder en América Latina, se identifica su quehacer con un acto de transnacionalización de su acción política conservadora, que establece un esquema de relaciones de dependencia financiera entre sus asociados nacionales públicos y privados, a través de la aprobación de los proyectos y la ejecución de actividades auspiciadas por sus oficinas de representación. Esta dependencia en términos financieros – aunque ideológicos, culturales y formativos ¹¹⁸– de los actores nacionales latinoamericanos implicados en el proyecto de edificación de un *consensus* ordoliberal latinoamericano, se extiende a una dependencia simbólica del reconocimiento, de la presencia y de la interlocución a nivel de la comunidad internacional de la actividad institucional de la Konrad Adenauer *Stiftung* – “*private–public partnership (PPP’s) thus constitute a specific subset of transnational relations in world Politics*” – ¹¹⁹; al punto de poder cuestionarse – más allá de la evidente compatibilidad de los fundamentos y los fines, y de la armonía con el propio sistema de valores y de creencias de sus agentes asociados que actúan en pro de su propia conservación – *il vero e proprio* funcionamiento como sujetos políticos independientes, más allá de una lealtad y de un hacer franquiciado que responde a la estrategia política y corporativa de la Konrad Adenauer *Stiftung* como institución transnacional con visión y alcance global.

Todo lo anterior implica que la Konrad Adenauer *Stiftung* debe asumir la responsabilidad política internacional que le corresponde como parte integrante y dirigente de un ‘*collective intellectuals*’. Responsabilidad exigible en correspondencia con la naturaleza política de sus actividades, y el amplio

¹¹⁷ *Idem.*

¹¹⁸ “Pregunta 14: *Otro factor importante es la confianza y entendimiento con las contrapartes, a través de este entendimiento se potencian los beneficios del trabajo, así se cuente con poco presupuesto, la cooperación técnica genera motivación y empatía con las contrapartes y de esta manera multiplica la efectividad. Si las fundaciones logran definir bien su nicho de mercado, la relación entre inversión financiera e impacto político es muy buena, esa es la fuerza, por lo menos de la Adenauer.*”, Entrevista presencial realizada a Stefan Jost, representante de la oficina de la KAS en Colombia, en, Fernández Rocha, Gabriela Patricia, *Relaciones colombo - alemanas : análisis de la cooperación internacional en términos de las lógicas de funcionamiento de las fundaciones cercanas a partidos políticos: caso de estudio: Fundación Konrad Adenauer en Colombia*, cit., Anexo 1.

¹¹⁹ Risse-Kappen, Thomas, Börsel, Tanja A., *Public-Private Partnership: Effective and Legitimate tools of International Governance?*, cit. p. 4.

espectro geográfico y temático que abarca su gestión – información, formación y presión política –, como vehículo de integración de la élite internacional asociada a una cultura política que traduce los intereses de clase en acción estatal y en acción transnacional¹²⁰.

La presencia de la Konrad Adenauer *Stiftung* y la intensa red de asociados y de relaciones que ha logrado establecer con sus contrapartes nacionales latinoamericanas – estructura organizacional en red, propia del proceso de reinención y de multiplicación de los espacios, típico de la globalización¹²¹ – debe interpretarse en cuanto a la participación y a la acción de sus asociados, más allá de una razón meramente y superficialmente egoísta. Los asociados latinoamericanos, conscientes de su condición de ‘actores funcionales secundarios’, acceden entre otras razones a ser funcionalizados para eventualmente poder adquirir las informaciones, los saberes y los conocimientos específicos y actualizados de los expertos globales europeos; conocimientos y saberes que son trascendentes para la actividad que realizan, como entes propios, en cada uno de los sectores en los que operan – conocimientos especializados en temas económicos, sociales, políticos, gerenciales, ambientales, etc. – de modo que economizando sus propios costos de información, acceden a los conocimientos estratégicos y a las tendencias de la gobernanza internacional, potencialmente útiles para gestionar y solucionar sus propios problemas internos, para poder desarrollar su propio capital simbólico y poner en práctica sus propias estrategias en el marco de su acción territorial y social. Las relaciones con la Konrad Adenauer *Stiftung* le brinda a sus asociados, funcionalizadamente, esa oportunidad y esa ventaja, aunque seguramente al costo instrumental de la limitación de la autonomía y de la libertad de sus propias organizaciones.

La situación descrita anteriormente es expresión de una de las características de la gobernanza internacional – aunque una cuestión propia de toda relación de dominación moderna – en la cual el conocimiento de los expertos es expresión de dominio técnico, de poder político y de estrategia de control sobre el resto de los agentes en el campo de las actividades sociales. Es el indisoluble binomio saber / poder que ha justificado históricamente las relaciones coloniales de dominación.

El conocimiento científico, del cual es propietario la Konrad Adenauer *Stiftung*, deviene en un motivo de legitimación por vía tecnocrática del cual deriva su supuesta objetividad en los procesos decisionales que condicionan el ligamen, el apoyo y la participación de los asociados en los proyectos y en las actividades propias. La presunta objetividad científica, que a su vez sirve de velo para ocultar

¹²⁰ Gramsci, Antonio, *Cuadernos desde la cárcel*, Editorial Madrid, 1978.

¹²¹ Irti, Natalino, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma – Bari, Laterza, 2001.

los intereses en juego en cada una de las diversas situaciones superadas. En el discurso que se sostiene no debe perderse de vista que la propia estructura en red del universo *kasiano* pareciera dar una imagen de horizontalidad democrática y de participación en el ejercicio de decisión, lo cual en la práctica no se verifica. Y en cambio, se materializa en un ‘*potere di tipo funzionale*’ que no sólo atenúa el conflicto democrático en cuanto al momento decisonal corporativo, sino que diluye y divide la responsabilidad política directa de la Konrad Adenauer *Stiftung* entre sus cientos de asociados, lo cual conlleva a una verdadera ausencia de una real asunción de responsabilidades políticas por parte de la fundación.

Retomando el punto de vista del funcionamiento interno del aparato burocrático, la fundación Konrad Adenauer establece claramente cuáles son las jerarquías operativas decisorias en cuanto a la aprobación de proyectos – la relación de poder que se oculta tras la gestión de proyectos a través de procedimientos estándares y normalizados –¹²². En este sentido la KAS desarrolla al interno de su universo corporativo un modelo de gestión racional de las interacciones sociales – “*behaviour by changing cost – benefit calculations of utility-maximizing actors*” –¹²³, basadas en la ‘retribución de incentivos positivos’ – materiales, financieros y morales – a partir de la regulación del comportamiento de los actores latinoamericanos asociados a su esquema; y el empleo de un procedimiento de ‘persuasión no coercitivo’ mucho más cercano a un desempeño hegemónico que a una estructura jerarquizada y autoritaria, que bien puede interpretarse como la aplicación de una ‘teoría del intercambio’ que tiene sus raíces en una ‘sociología de tipo conductista’¹²⁴.

Además, es evidente el enorme alcance tridimensional que le concede la Konrad Adenauer *Stiftung* a la intensa relación con sus asociados nacionales. Estas asociadas instituciones ‘satélites latinoamericanas’ le proveen de la necesaria visibilidad continental sobre la estructura y la composición de los conflictos sociales autóctonos; le proporcionan legitimidad y eficacia de actuación – cual velo corporativo societario – para que realice las acciones propias que considere, desmarcadas de cualquier control ejercido desde los *partners* y las autoridades públicas locales. Además, el diálogo, la negociación y el contacto directo con sus *partners* nacionales le conceden la comprensión exacta de las más agudas cuestiones culturales que repercuten directamente sobre la gestación del conflicto, su gestión y su eventual resolución ‘cooperativa’. Todo ello le permite a la Konrad Adenauer perfeccionar la actividad

¹²² Simmel, Georg, *La filosofía del dinero*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1977.

¹²³ Risse T., Börsel, T., *Public-Private Partnership: Effective and Legitimate tools of International Governance?*, cit. p. 3.

¹²⁴ Homans, George C., *Social Behavior as Exchange*. *American Journal of Sociology*. 1958. pp. 63, 597-606.

de intrusión, sistemática y programada, que desarrolla a través de sus contrapartes nacionales¹²⁵.

Es igualmente innegable el significativo reconocimiento jurídico, institucional e internacional de la Konrad Adenauer *Stiftung*, el efectivo control que posee sobre un importante flujo de recursos financieros y materiales, la existencia de redes de alianzas y de solidaridad cooperativa con la burocracia global, con instancias internacionales y locales, y el amplio espacio de trabajo y de gestión para que un ‘efectivo y eficaz colectivo de profesionales’, graduados prácticamente en todas las disciplinas científicas, realice su desempeño y su gestión política. Por otro lado, en estrecha relación con lo anterior, su eficacia comunicacional a través del control, la presencia y el uso de la mejor tecnología de los espacios de comunicación, le permiten que su discurso fluya, presione e incida en el logro de sus objetivos y propósitos.

En la Tabla No. 2 puede observarse, organizados según el criterio de la sede nacional en cada país, el número de personas que directamente están vinculados a la gestión administrativa y a los proyectos de la fundación Konrad Adenauer en sus más de 15 oficinas de sedes de representación nacional. Según la propia información suministrada por sus sitios *webs* nacionales – y en este punto no vamos a analizar la dificultad y los obstáculos evidentes de acceder a la información corporativa del universo KAS¹²⁶, el número de funcionarios ‘patrios–corporativos’ encargados de gestionar un presupuesto económico global – público y privado – que probablemente considerando todas las modalidades sea cercano a los 100 millones de euros, es de 123 personas, de ellos 31 funcionarios son de origen alemán o europeo, para una relación cercana a la tercera parte de todo el personal. Un número superior a los 90

¹²⁵ “Pregunta 1. Las Fundaciones Políticas son organismos más flexibles que otros agentes de cooperación oficial como el BMZ ¿Qué ventajas o desventajas ofrece esta flexibilidad para el trabajo de las FP? *Las FP son un instrumento bastante eficiente de la cooperación internacional, porque son, en el mejor sentido, un organismo muy económico con un impacto impresionante. En comparación con otros organismos como la GTZ (la Sociedad Alemana para la Cooperación Técnica), las fundaciones no manejan mucho dinero, pero gracias a la forma de trabajo tienen un gran impacto, y también tienen una visibilidad impresionante, porque si nos remitimos a las funciones de la cooperación, obviamente hay una función manifiesta, que es trabajar por ayudar a otros, por la gente, pero también tiene la función de fortalecer y profundizar las relaciones bilaterales y políticas en el sentido productivo.*”, Entrevista presencial realizada a Oliver Lanner, representante de Primer Secretario. Cooperación, Asuntos culturales y Protocolo de la Embajada de Alemania en Bogotá, Colombia, en, Fernández Rocha, Gabriela Patricia, *Relaciones colombo - alemanas: análisis de la cooperación internacional en términos de las lógicas de funcionamiento de las fundaciones cercanas a partidos políticos: caso de estudio: Fundación Konrad Adenauer en Colombia*, cit., Anexo 4.

¹²⁶ Se ha intentado por este autor contactar, a través del correo electrónico, con las diversas sedes nacionales de la Konrad Adenauer *Stiftung* en América Latina, y los resultados han sido infructuosos en la mayoría de los casos. Básicamente las cuestiones de interés se centraban en conocer la forma jurídica y registral que adoptaban las sedes nacionales de la fundación Konrad Adenauer, en cada uno de los países anfitriones - por ejemplo: sociedad civil, sociedad no lucrativa, fundación, asociación sin ánimo de lucro - y el interés por precisar determinadas cuestiones informativas que se encontraban desactualizadas o imprecisas en las páginas *webs* de las sedes nacionales de la fundación. Se ha constatado una sola respuesta a las interrogantes formuladas y un alto nivel de secretismo de la actividad pública *kasiana*.

trabajadores son de origen latinoamericano y ejercen funciones subalternas, o de segundo grado al interno del aparato decisonal y burocrático – gestiones administrativas, de seguridad, de transporte, etc.

*“Sin necesidad de grandes presupuestos ni grandes infraestructuras, la trayectoria, la confianza generada, la apertura de espacios de diálogo, el intercambio constante con contrapartes colombianas, y el mantenimiento de redes de cooperación, actúan como instrumentos de poder blando que permiten aprovechar los resultados de la cooperación para generar empatía y sensibilizar a actores de la vida política, social y económica en Colombia, hacia valores o contenidos de interés para la CDU o para Alemania en general”*¹²⁷. Por todo ello se puede afirmar, además del posicionamiento gerencial, administrativo y laboral del personal al interno del aparato burocrático de la corporación, la existencia de una relación marcadamente asimétrica de distribución de autoridades y de lealtades entre la Konrad Adenauer Stiftung como institución nodriza, y el resto de sus interlocutores latinoamericanos como instituciones locales satélites. Esquema que, según la hipótesis de este estudio, no debe conllevar a una deriva democratizadora de la sociedad y de su gestión, o hacia un horizonte emancipatorio de democratización del entorno internacional. Valga explicitar, por la inicua distribución de reciprocidades y de beneficios de una ‘relación asimétrica cooperativa de interacciones sociales mixtas’ – entre seres normales y personas ‘híbridas estigmatizadas’ –; relación cuya naturaleza agudiza, reproduce y expande, aún más, la marcada dependencia estructural e institucional del Sur hacia el Norte, según el orden económico internacional establecido¹²⁸.

La solución ante tal asimetría en los resultados del mecanismo de cooperación ordoliberal, es posible encontrarlo en la ‘desconexión samiana’¹²⁹, que equivale decir que la solución a las nuevas modalidades de dominación – que ahora se presenta como cooperación ordoliberal – sigue estando en ‘cambiar las reglas del juego’, o básicamente y mejor, ‘no hacer el juego’.

¹²⁷ Fernández, Rocha Gabriela, *Relaciones Colombo - Alemanas: Análisis de la Cooperación Internacional en términos de las lógicas de funcionamiento de las fundaciones cercanas a Partidos Políticos. Caso de Estudio: Fundación Konrad Adenauer en Colombia*, cit., p.43

¹²⁸ “The INGO world overwhelmingly represents civil society of the OFCD world including their cultural values. Southern NGOs have only limited resources to push their concerns in the INGO community. In fact, one could even argue that it is part of the Western global hegemony in the international system. Thus, inclusion of selected non state sectors in PPP’s per se does not solve the democratic deficit of international governance.”, Risse-Kappen, Thomas., Börsel, Tanja A., *Public-Private Partnership: Effective and Legitimate tools of International Governance?*, cit. p. 18.

¹²⁹ Para Samir Amín, la mundialización moderna, asociada al capitalismo, es polarizante por naturaleza, es decir que la lógica de expansión mundial del capitalismo produce en sí misma una desigualdad creciente entre los socios del sistema. Amin, Samir, *La desconexión, hacia un sistema mundial policéntrico*, IEPALA, Madrid, 1988.

De todo lo anterior, se deduce la facilidad con la que el ordoliberalismo *kasiano* se comunica con la sociedad a través de las manifestaciones de la gobernanza como técnica de gestión del poder. La gobernanza es interactiva y dialógica, y la negociación constituye su principal programa de acción, de modo que se presenta como una estructura interactiva institucional que favorece el aprendizaje y el conocimiento mutuo de los sujetos, que deben integrarse en el rol de codecisores de las cuestiones públicas en un ejercicio de ajuste y de composición entre los intereses divergentes y los puntos de vista diferentes, para hacer emerger ‘la verdad de los intereses’.

Debe resaltarse – y no perderse de vista – que el ejercicio político e ideológico y la acción institucional educativa y formativa desempeñada por la Konrad Adenauer *Stiftung* en América Latina, como ‘sujeto privado transnacional’, a través de la red conformada por sus oficinas de representaciones nacionales – incluyendo un eventual proceso de adoctrinamiento político como fenómeno estructurante de las normas de comportamiento, y en consecuencia una modalidad de clientelismo de las élites latinoamericanas¹³⁰, incorporadas como militancia contratada al universo *kasiano*–, sólo es posible a partir de la financiación estatal que provee la República Federal Alemana a través de los fondos provenientes, entre otros, del Ministerio del Interior, del Ministerio Federal de Asuntos Exteriores y del Ministerio Federal de Cooperación Económica y Desarrollo (BMZ).

El Tribunal constitucional alemán, desde el año 1986 a través de la sentencia BverfGF,73,1 – sentencia de las fundaciones – “*declaró lícita la entrega de fondos públicos a fundaciones próximas a los partidos políticos siempre que estas fuesen instituciones jurídicas realmente independientes y no pudieran ser imputadas al ámbito de los partidos*¹³¹.” Las fundaciones políticas alemanas son consideradas ‘apéndices’ de los partidos políticos, y estos últimos, a su vez, encuentran una garantía constitucional en cuanto a su rol y funcionamiento al interno de un sistema de gobierno federal y parlamentario, a partir de la redacción del artículo 21 de la Ley Fundamental de Bonn: “*Artículo 21.1– Los partidos colaboran a la formación de la voluntad política del pueblo. Será libre su fundación. Su ordenamiento interno deberá responder a los principios de la democracia y deberán rendir cuentas públicamente sobre el origen de sus recursos económicos.*”

¹³⁰“(…) el clientelismo implica una visión pragmática de la política, que articula los factores simbólicos de la negociación.”, Bonilla, Adrián, Páez, Alexei., *Populismo y Caudillaje: Una vieja Historia*, Disponible en, <http://www.flacso.org.ec/docs/artpopycou.pdf>

¹³¹ Morlok, Martin, *La regulación jurídica de la financiación de los partidos políticos en Alemania*, Revista Teoría y realidad constitucional, No. 6, 2000, p.57 Disponible en, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/trcons/cont/6/est/est3.pdf>

La financiación pública de los partidos políticos alemanes – y de sus fundaciones cercanas – en los últimos 60 años de democracia parlamentaria, no ha estado exenta del debate legislativo y de las reflexiones decisivas del Tribunal constitucional alemán, plasmadas en la jurisprudencia reguladora en cuanto a la interpretación y el alcance de las normas constitucionales. La financiación pública de los partidos políticos alemanes ha estado salpicada por sendas crisis políticas con notables trascendencias en el plano jurídico – el escándalo Flick en el año 1981, y el *affaire* financiero de la CDU en el año 1999 –. En este último caso el ministerio fiscal abrió procesos de investigación contra los dirigentes de la CDU por motivos de evasión, deslealtad, soborno, estafa y malversación, entre otros, y los responsables de la CDU admitieron sucesivamente su responsabilidad ante las evidentes infracciones de la Ley Fundamental y de la Ley de Partidos¹³².

Las fundaciones políticas también reciben la financiación proveniente de los fondos dinerarios aportados, formalmente a partir del año 2007, por la Unión Europea que subvencionan, con dinero público, a los partidos políticos con mención europea y a sus fundaciones políticas afines, según un esquema que define a estas organizaciones como de ‘interés general de la Unión’. (Ver Anexo 1). En este sentido la República Federal Alemana, en el plano nacional, y la Unión Europea en el plano continental, devienen patrocinadores – cultural y financieramente ¹³³ – en la promoción del ordoliberalismo global, y en particular, de su reproducción en América Latina.

Se trata entonces, en última instancia, de la ‘cooperación condicionada y de un mecanismo histórico tradicional de la financiación funcionalizada alemana’¹³⁴, a favor de proyectos con fuerte incidencia estructural en los respectivos escenarios políticos nacionales latinoamericanos, ejecutados por las

¹³² Morlok, Martin, La regulación jurídica de la financiación de los partidos políticos en Alemania, cit., pp. 43 – 69.

¹³³ “La financiación de las fundaciones políticas alemanas proviene en gran medida de fondos públicos, en el caso específico de las KAS, según datos del 2004, el 97.3% de sus fondos tienen este origen, el 2.7% restante resulta de cargos de admisión e ingresos privados que incluyen donaciones.”, Fernández, Rocha Gabriela, *Relaciones Colombo - Alemanas: Análisis de la Cooperación Internacional en términos de las lógicas de funcionamiento de las fundaciones cercanas a Partidos Políticos. Caso de Estudio: Fundación Konrad Adenauer en Colombia*, cit., p.11.

¹³⁴ En los años de la Guerra fría posteriores a la Segunda Guerra Mundial, Alemania dio énfasis a intereses de seguridad nacional. La República Federal de Alemania (RFA) tuvo en relación a la cooperación al desarrollo algo así como un status especial. La RFA pidió a países en desarrollo que como condicionante para recibir ayuda no debían reconocer a la República Democrática de Alemania (RDA), lo que significaba que la ayuda alemana estaba condicionada por un conflicto político. La recuperación económica de Alemania a finales de los años '50, permitió que este país pudiese crear un presupuesto independiente para la ayuda a la cooperación al desarrollo, dependiente del Ministerio de Asuntos Exteriores. Hasta los años 70 del siglo pasado la política de cooperación al desarrollo se consideraba parte integrada al Ministerio de Relaciones Exteriores.

instituciones asociadas y los *partners* nacionales. Todo lo cual se corresponde con la continuidad de un esquema organicista de división social del trabajo, propio de un ‘proyecto discriminatorio de dominación mundial post neo colonialista’, ajustado a los parámetros occidentales, asentado sobre la línea de mantenimiento del *status quo* y propio de la exportación de valores democráticos y de experiencias provenientes del mundo civilizado del Norte¹³⁵.

Este esquema también puede ser valorado desde la óptica de la circulación de modelos jurídicos, y la cuestión funcional de la contraposición entre el *common law* y el *civil law* en la conformación de una familia jurídica occidental, que imponga – en primera instancia a partir del valor prescriptivo de la representación de la realidad – los intereses de las sociedades del Norte ‘desarrollado’ a partir de la hegemonía cultural que ejerce el ‘derecho y la tradición jurídica occidental’ sobre los ordenamientos jurídicos de las sociedades del Sur, en un mundo de posiciones y relaciones de poder siempre cambiantes: “*La contrapposizione fra common law e civil law viene ora riletta come contrapposizione fra un sistema europeo (in cui i classici modelli francese e tedesco vengono accostati ed integrati insieme con tutti gli altri) ed un sistema americano in un quadro in cui è la stessa common law a diventare una posta in gioco attratta, a seconda delle ricostruzioni, dall’uno o dall’altro. In questo quadro riprendono quota quei sistemi giuridici che, come quello cinese, indiano, latinoamericani per non parlare di quelli africani, erano stati marginalizzati come diritti del “terzo mondo”, “in via di sviluppo” o “transitori”. Questi, ora, hanno riguadagnato centralità e l’interrogativo principale riguarda proprio la loro posizione all’interno del confronto* ¹³⁶.”

La cooperación Norte/Sur – ‘cooperación al desarrollo’¹³⁷, condicionada y forzada – es la expresión

¹³⁵ “*Del resto, rispetto al fondamentalismo liberale, che vedeva nei diritti universali la causa di un’esistenza sociale sicura e pacifica, oggi, nello specchio globale, appare sempre più con evidenza che i diritti individuali non hanno uno statuto ontologico indipendente della società e che, per promuovere e diritti, occorre prima promuovere un certo tipo di organizzazione sociale e politica.*”, Ferrarese, Maria Rosaria, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, cit., p. 155.

¹³⁶ Marini, Giovanni, *Diritto e politica. La costruzione delle tradizioni giuridiche nell’epoca della globalizzazione*, cit. p. 7

¹³⁷ “*Según datos de la OCDE, en términos absolutos hasta el 2007 Alemania se situaba como segundo mayor donante de cooperación oficial por detrás de Estados Unidos, en el terreno multilateral aporta aproximadamente una cuarta parte del presupuesto de la Unión Europea y alrededor de una décima parte del presupuesto de la ONU de cooperación al desarrollo. Adicionalmente, Alemania está presente en casi todos los países alrededor del mundo, a través de una tupida red de organismos de cooperación alemanes de distinta naturaleza, uno de estos organismos son las Fundaciones Políticas, organizaciones vinculadas a partidos políticos, que representan un caso particular de la cultura política alemana.*”, Fernández, Rocha Gabriela, *Relaciones Colombo - Alemanas: Análisis de la Cooperación Internacional en términos de las lógicas de funcionamiento de las fundaciones cercanas a Partidos Políticos. Caso de Estudio: Fundación Konrad Adenauer en Colombia*, cit., p.1.

jurídica de una modalidad de racismo cultural etnocéntrico¹³⁸ y autoritario, con la cual sistemáticamente se evalúa el quehacer de las sociedades del Sur con los estándares occidentales europeos y estadounidenses. Todo en línea con las tesis practicadas y expandidas por los autores del ordoliberalismo – política oficial y gubernamental asumida sistemáticamente como razón de estado por la República Federal de Alemania –, y en correspondencia con los orígenes de la ‘economía social de mercado’ que se remontan a la experiencia del nacional socialismo alemán de los años 30 del siglo XX¹³⁹.

Lo expuesto en el punto anterior tiene un significado más amplio que el mero nexo económico existente entre la fundación Konrad Adenauer y el gobierno alemán, por cuanto es expresión de la integración de esfuerzos en un esquema estatal de política exterior con proyección global de la República Federal Alemana, en el cual queda inserto el proceso de ‘ordoliberalización comunitarista’ europeo y su consecuente trasplante jurídico en América Latina¹⁴⁰.

La asimetría en la cooperación ordoliberal – como punto de partida y de llegada de los actores implicados en el proceso ordoliberal – se manifiesta significativamente en el proceso de unificación

¹³⁸“(…) América Latina ha sido medida bajo la imagen cultural de occidente y la tarea de estas organizaciones culturales ha sido la exportación de la cultural europea. Durante este período, la República Democrática Alemana (RDA) toma posiciones y critica también la “Kulturpolitik” de la RFA. Los colegios Humboldt son denominados colegios para privilegiados y se plantea el problema de las familias “pobres” alemanas que no podía enviar a sus hijos a estos colegios por ser demasiado caros. Como contra reacción, la RDA instaura en varios países del cono sur, especialmente Chile sus propios colegios.”, Pintor, Pirzkall Heike, *La política de cooperación de Alemania en América Latina*, Centro Argentino de Estudios Internacionales Programa Europa, Disponible en, <http://www.caei.com.ar/es/programas/europa/e6.pdf>.

¹³⁹Ver por todos, Somma, Alessandro, “*L’esperienza nazionalsocialista fu la culla dell’ordoliberalismo e della sua versione postbellica: l’economia sociale di mercato. In questo lavoro si tracciano le tappe dello sviluppo del pensiero ordoliberale durante la dittatura hitleriana, a partire dalle posizioni espresse dai suoi esponenti nella fase finale della Repubblica di Weimar. Si delinea in quell’epoca l’avversione per il meccanismo democratico, considerato incompatibile con il meccanismo concorrenziale a causa della sua naturale propensione a favorire il pluralismo, e dunque lo sviluppo di corpi intermedi incompatibili con la costruzione della società del diritto privato. Da ciò le convergenze tra ordoliberalismo e nazionalsocialismo, entrambi fautori di una riforma delle libertà economiche in linea con le contingenti necessità dell’ordine proprietario, anche se ciò presupponeva la soppressione delle libertà politiche, ovvero la polanyiana grande trasformazione. Da ciò anche la riduzione del nazionalsocialismo all’antisemitismo, da cui l’ordoliberalismo fu sostanzialmente immune, riduzione utile a occultare i nessi tra l’economia sociale di mercato e lo sviluppo di poteri politici autoritari o totalitari.*”, *L’economia sociale di mercato/2. Dal nazionalsocialismo all’ordoliberalismo*. Rivista quadrimestrale online del Centro Einaudi, 2009 Centro di Ricerca e Documentazione Luigi Einaudi”. maggio-agosto, n. 198. p. 15. Disponible en, www.centroeinaudi.it/centro/bdl.html.

¹⁴⁰“*L’invenzione di una tradizione per l’economia sociale di mercato non passa solo dal l’occultamento dei nessi con l’esperienza storica in cui essa ha preso forma. Nascoste sono anche le relazioni con il processo di unificazione europea, che fin dall’inizio ha visto nel modello dell’economia sociale di mercato, se non la sua ragion d’essere, un fondamentale punto di riferimento.*”, Somma, Alessandro, *L’economia sociale di mercato / 1. Il fascino della terza via: Torna di moda un passato mai passato*. cit., p. 10.

europea, cogestionado oportunamente desde la política alemana, al punto de considerarse así mismos – la República Federal Alemana – como el país que ha obtenido el mayor beneficio y ser el máximo favorecido con el proceso de integración económica¹⁴¹. Sin lugar a dudas que la Alemania ordoliberal de *post* guerra, a través de la instrumentalización de la Unión Europea como trampolín geopolítico, y apoyados en el eje Berlín– París¹⁴², tiene aspiraciones globales que superan ampliamente las consideraciones económicas del mercado común europeo¹⁴³.

En este contexto global de relaciones de poder, la actividad de la Konrad Adenauer *Stiftung* se integra al proyecto de gobernabilidad global, que es un concepto mucho más amplio y más transparente – transparente en el sentido de invisibilidad – que aquel que pueda relacionar su actividad con el ejercicio de un gobierno global: “*La gobernabilidad [...] es un fenómeno más amplio que el gobierno [...]. Es posible concebir una gobernabilidad sin gobierno, mediante mecanismos regulatorios que funcionen, en una esfera de actividad, aunque no estén investidos de autoridad formal*”¹⁴⁴; por lo que ‘la gobernabilidad vendría a ser una institución social *di fatto* que podríamos identificar con la capacidad para conseguir hacer cosas sin ostentar la competencia legal para ordenarlas’¹⁴⁵.

Esta es, básicamente, la oferta de la Konrad Adenauer *Stiftung* hacia Latinoamérica, en cuyo esquema organizado de poder corporativo, sus contrapartes nacionales emergen como titeres estratégicos con

¹⁴¹ “*Por su propio interés, Alemania debe asumir un papel activo en culminar totalmente la unidad de Europa. Una Europa unida es la mejor forma de defender nuestros intereses en la era de la globalización, junto con nuestros socios transatlánticos con quienes nos unen los valores compartidos de la libertad, la democracia y el Estado de derecho.*”, El programa de bases programáticas, aprobado por la Convención nacional de la Unión Demócrata Cristiana de Alemania (CDU), en Hannover, 3-4 de diciembre de 2007. p. 61.

¹⁴² “*Alemania como país en el corazón de Europa depende de buenas relaciones con sus vecinos. Como la economía nacional más poblada y grande de la Unión Europea tenemos que hacer nuestra aportación a la obra europea de integración como un país auto consiente, abierto al mundo, que construye puentes. Estamos convencidos de: Que Europa se constituirá únicamente juntos, en la convivencia con igualdad de derechos de los grandes y pequeños, de los Estados miembros con más antigüedad y los nuevos. Francia es el socio más importante de Alemania en Europa. Queremos intensificar esta relación para que Francia y Alemania sigan siendo protagonistas en la construcción de la Unión Europea.*”, El programa de bases programáticas, aprobado por la Convención nacional de la Unión Demócrata Cristiana de Alemania (CDU), en Hannover, 3-4 de diciembre de 2007. p. 63.

¹⁴³ “*En cuanto a la reforma del Consejo de Seguridad abogamos por un lugar permanente para la Unión Europea. Mientras se avance en el camino hacia este objetivo Alemania mantiene su disposición a asumir más responsabilidad haciéndose cargo de un lugar permanente en el Consejo de Seguridad.*”, El programa de bases programáticas, aprobado por la Convención nacional de la Unión Demócrata Cristiana de Alemania (CDU), en Hannover, 3-4 de diciembre de 2007. p. 70.

¹⁴⁴ Rosenau, James N., Czempiel, Ernst-Otto, *Governance without government: order and change in world politic*, cit. p. 4.

¹⁴⁵ Teijo García, C., *Redes Transnacionales de participación ciudadana y ONG: Alcance y sentido de la sociedad civil internacional*, cit. p. 197.

limitadas capacidades de acción. No obstante, en algunos casos, no son las reglas las que determinan *per sé* que un asociado de la Konrad Adenauer sea un títere estratégico, sino que es el mismo sujeto quien limita sus acciones a ‘un único curso de acción racional’, por lo cual además, deviene en un títere por elección. Este comportamiento obediente, es consciente y racionalizado, típico de una herencia colonial que ha ‘neocolonizado’ – hasta la fecha – el pensamiento, la acción y el futuro de Latinoamérica.

3 SOBRE LA *PRAXIS KASIANA* DE LA SOCIEDAD PRIVADA EN EL PENSAMIENTO ORDOLIBERAL.

Dentro de la lógica funcionalista que promueve buena parte de la articulación organizativa de la sociedad internacional, la actividad y la labor de la Konrad Adenauer *Stiftung* deviene en un ‘mecanismo de penetración disciplinaria y de control predictivo *in situ*’ en cada uno de los Estados nacionales latinoamericanos en los que está presente, de modo que coadyuva a un proceso teleológico que desembocaría en el ‘orden normativo’ de la ‘sociedad privada corporativa internacional’, haciendo partícipes centrípetamente al resto de sus asociados de una realidad establecida y consolidada a escala global.

En todo caso, se trata de la configuración a nivel global – aunque en el continente latinoamericano a nivel de sociedades nacionales – del concepto de ‘sociedad de derecho privado’¹⁴⁶ cuyo núcleo radica en la autonomía privada como instancia fundamental para la toma de decisiones en sociedad, la cual debe ser defendida – la autonomía privada – tanto del poder del estado como de otros sujetos de derecho privado que pueden actuar potencialmente como distorsionadores del ‘libre mercado’¹⁴⁷ – como suele ser el caso de los cárteles, los acuerdos colusorios y los monopolios. En este punto – la edificación de la ‘sociedad de derecho privado’ – concebida por Böhm¹⁴⁸ como resultado del diseño

¹⁴⁶ “*Questa è la società in cui allo Stato si assicurano i soli poteri necessari e sufficienti a difendere la funzionalità del meccanismo privatistico ed in particolare la libertà di azione e la libertà contrattuale dei soggetti privati*”., Somma, Alessandro, *Soft law e hard law nella costruzione del diritto privato europeo*, en Somma, Alessandro, *Soft Law e hard law nelle società postmoderne*, cit., p. 163.

¹⁴⁷ “ (...) Alfred Müller-Armack fu quest’ultimo a coniare la locuzione «economia sociale di mercato» e a definirla come la situazione in cui i principi del libero mercato, in particolare la proprietà privata e la libertà di contrarre, sono affiancati da interventi statali volti a condizionare le libertà economiche solo nella misura in cui ciò sia indispensabile per evitare i fallimenti del mercato. Alla redistribuzione della ricchezza tendono invece direttamente le sole misure di solidarietà tra stato e individui, che tuttavia operano fuori dai confini del mercato con interventi finanziati dalla contribuzione fiscal.”, Somma, Alessandro, *L’economia sociale di mercato / 1. Il fascino della terza via: Torna di moda un passato mai passato*. cit., p. 4.

¹⁴⁸ Grudmann, S., *The concept of the Private Law Society: After 50 years of European and European business Law*, *European Review of Private Law* 4-2008. p.557.

de una política del derecho, se vuelve a repetir el esquema que caracterizó el primer pensamiento ordoliberal, y el cual pudiéramos identificar como ‘el criterio de equilibrio crítico’ que está estrechamente asociado al concepto del ejercicio del ‘orden’, lo cual a su vez lo vincula a cualquier noción cercana al ‘derecho natural’ de concepción medieval – *espressione di un ordine ritenuto stabile nei principi anche se mutevole nei detagli, garantito da un sistema normativo superiore alla legge positiva perchè derivato da una fonte sovranaturale*¹⁴⁹– y al ‘estado corporativo’ de matriz nacional socialista germana¹⁵⁰.

Siempre que en el texto se utilice la expresión ‘postmoderno’ referido al Derecho, se está haciendo referencia a un tipo de ‘deconstrucción privilegiada por los ‘juristas postmodernos’ que invierten sistemáticamente la ‘moderna’ relación jerárquica entre los conceptos tradicionales. Se está haciendo referencia a una particular forma de gestión, desde el Derecho, de las relaciones sociales en el sentido cooperativo, que admite la diversidad de los opuestos pero que no se sintetizan nunca a través de una lógica dialéctica, sino que conviven en una dinámica de equilibrio crítico que permite conservar el *status quo*. Además, análogamente por este motivo también en el texto se utiliza recurrentemente la expresión ‘postmoderna’ para caracterizar la actividad de la Konrad Adenauer *Stiftung*, en el sentido de que la concepción de la ‘economía social de mercado’ como expresión del pensamiento ordoliberal ‘rompe’ con la tradicional concepción individualista moderna *smithsoniana* de la teoría económica liberal, para darle ‘continuidad’ al *status quo* y utilizar ‘funcionalmente’ la cuestión social, no para resolverla sino para ocultarla. En este sentido, los términos de ‘ruptura’ y de ‘continuidad’ deben estar adecuadamente valorizados por cuanto han quedado absorbidos por la lógica reformista y evolucionista del *establishment*.

Volviendo al esquema cooperativo social de la diversidad de opuestos que promueve el pensamiento ordoliberal, como *antropotécnica* neo darwinista de ‘amansamiento, de domesticación y de cría’¹⁵¹, practicada desde el vértice del poder postmoderno que aboga por el mantenimiento del *status quo* y por la ‘sostenibilidad social’, se puede enunciar sólo a modo de ejemplo, algunas de las dinámicas

¹⁴⁹ Ferrari, V., *Diritto che cambia e diritto che svanisce*, en *Fine del diritto*, elaborado por Pietro Rossi. cit. p.43.

¹⁵⁰ “Più precisamente, per gli ordoliberali lo storicismo aveva «distrutto la fede nell’esistenza di un sistema naturale del diritto e dell’economia» e aveva così indotto la diffusione di atteggiamenti «relativisti» e «fatalisti».”, Somma, Alessandro, *L’economia sociale di mercato/2. Dal nazionalsocialismo all’ordoliberalismo*. cit., p. 5.

¹⁵¹ Vázquez, Adolfo Rocca, *Peter Sloterdijk: Normas y disturbios en el parque humano, o la crisis del humanismo como utopía y escuela de domesticación*, Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política, nº 8, julio 2008, p. 107.

manifestaciones del ‘criterio interno de equilibrio crítico’ que promueve la actividad de la Konrad Adenauer.

A modo de racionalidad de la *praxis* social y en clave del pensamiento ordoliberal periférico que se exporta hacia la América Latina, sería necesario para la conformación del concepto de ‘sociedad privada’, que todos los subsistemas sociales – incluido el *ordine jurídico* – quedasen informados por el conjunto de criterios liberistas que conforman un entorno social que actúa como contenedor ordoliberal y orgánico, al interno del cual se desarrollan las más variopintas interacciones sociales y en el cual cualquier tipo de fricciones, cualesquiera que sean, quedarán contenidas y absorbidas por la fuerza jurídica del marco exterior de los valores funcionales e institucionales estipulados por el Derecho ordoliberal, de matriz organicista.

Sólo a modo de ejemplo, y sin agotarlos, el contexto ordoliberal se conformaría a partir del binomio condicional necesidad / suficiencia, observando los siguientes criterios de ‘equilibrio entre opuestos’, que no pueden eliminarse mutuamente porque requieren del mutuo reconocimiento – de nada vale matar al contrario. Lo fundamental es destruir su autonomía y someterlo –. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, a través de la interpretación de la ‘cuestión social’, participa activamente en la conformación del ‘*ordine sociale*’ y en la reconfiguración jurídica de la fórmula de economía social de mercado, ajustada al Estado de derecho. Así también, las encíclicas papales de la iglesia católica iluminan el carácter moral de la doctrina ordoliberal¹⁵², principal promotora del principio de subsidiariedad como eje de funcionamiento del estado *post* moderno.

Estos serían algunos elementos necesarios para la conformación de un ‘*ordine proprietario*’ de matriz ordoliberal. Elementos que conforman la práctica de la cotidianeidad social:

1) La configuración de un Estado de Derecho, corporativo y subsidiario, que requiera la existencia de sindicatos obreros funcionalizados¹⁵³, que sean lo ‘suficientemente’ fuertes para garantizar ‘la

¹⁵² “*Por eso, el otro nombre de la paz es el desarrollo. Igual que existe la responsabilidad colectiva de evitar la guerra, existe también la responsabilidad colectiva de promover el desarrollo. Y así como a nivel interno es posible y obligado construir una economía social que oriente el funcionamiento del mercado hacia el bien común, del mismo modo son necesarias también intervenciones adecuadas a nivel internacional.*”, Centesimus Annus. *Sobre la cuestión social*, Carta Encíclica del Sumo Pontífice Juan Pablo II, en el Centenario de la Rerum Novarum, del 1 de mayo de 1991.

¹⁵³ “*Uno schema che in tal modo alimenta forme di cooperazione tra capitale e lavoro senza tuttavia imporre al capitale i condizionamenti che derivano dal lavoro coinvolto nella gestione d’impresa. E per un simile fine si ritiene sufficiente sviluppare «relazioni sociali e sindacali non più conflittuali, ma di tipo collaborativo»*”, Somma, Alessandro, *L’economia sociale di mercato / 1. Il fascino della terza via: Torna di moda un passato mai passato*. cit., p. 13.

‘fidelidad obrera’ cooperativa al sistema *quo*¹⁵⁴, y que a su vez sirvan de ‘ligero’ contrapeso al poder corporativo de la patronal. Y lo ‘necesariamente’ débiles – los sindicatos obreros¹⁵⁵ – para que sus reivindicaciones laborales no afecten el proceso de acumulación y de reproducción del capital y su libre movimiento internacional;

2) El principio de competencia funcional como mecanismo de Estado de ‘dirigismo económico’, que permita ‘suficientemente’ el libre desenvolvimiento individual de los agentes económicos privados en el espacio del mercado – mercado como el primordial dispositivo de redistribución de las riquezas; pero que a su vez, ‘necesariamente’ – el principio de competencia funcional – permita vigilar y evitar la conformación de monopolios o de abuso de posiciones dominantes por parte de los sujetos privados, por ser comportamientos antinaturales y antieconómicos, y poner en riesgo el funcionamiento y sostenibilidad del propio sistema¹⁵⁶;

¹⁵⁴ “El derecho fundamental no garantiza, como se ha señalado, la existencia del sistema de negociación colectiva y conflictos laborales, en su actual configuración en concreto. El Art. 9, párrafo 3 de la Ley Fundamental no se puede interpretar en forma que garantice un sistema de negociación colectiva como forma exclusiva de la promoción de las condiciones laborales y económicas. Esto estaría en contradicción con la idea fundamental y el desarrollo histórico de la libertad de asociación sindical, que le atribuyen un adecuado significado para la interpretación. Como derecho de libertad, el Art. 9, párrafo 3 de la Ley Fundamental garantiza, en un espacio libre de reglamentación estatal, que los participantes puedan determinar bajo su propia responsabilidad cómo quieren promover las condiciones laborales y económicas. No reconoce que esto sólo sea posible por la vía de la negociación colectiva, en la medida que una solución de este tipo lleva a una restricción de la libertad garantizada. Más aún, el orden y satisfacción de la vida laboral, como lo establece el Art. 9, párrafo 3 de la Ley Fundamental, se pueden alcanzar de diferentes formas: no sólo mediante estructuras que, como el sistema de negociación colectiva, se determinan a través de los elementos fundamentales de la divergencia de intereses, del conflicto y de la lucha, sino también, mediante aquellas que, en el fondo, permiten un acuerdo de cooperación, aun cuando no excluya conflictos y su solución. La segunda vía también permite justificar la labor de la satisfacción [...]”, Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe. Sentencia BVerfGE 50, 290 [Ley de Cogestión de los trabajadores]. Programa de Estado de Derecho para América Latina. Konrad Adenauer Stiftung, Editor, 2009, p. 301. Disponible en, http://www.kas.de/wf/doc/kas_16817-544-4-30.pdf

¹⁵⁵ “A pesar de la gran importancia que tienen las empresas cogestionadas en las asociaciones de empleadores, se disminuye en forma evidente la influencia por parte de los trabajadores y sindicatos, proveniente de las empresas participantes, sobre las asociaciones de patronos y de éstas sobre las asociaciones de sindicatos de patronos. Finalmente, no puede dejar de considerarse que las asociaciones de empleadores pertenecen también a empresas no cogestionadas. En esa situación el posible grado de influencia de los trabajadores en las asociaciones de empleadores y sus asociaciones se encuentra considerablemente por debajo del grado de influencia que se les atribuye a los trabajadores en las empresas cogestionadas. Se debe también tener en cuenta que está en manos de las convenciones colectivas, debilitar o eliminar la influencia de los trabajadores y sindicatos, mediante los estatutos legales. Según esto, la influencia que aún resta no pone en duda en principio la independencia del contradictor en los sindicatos de patronos y es, por consiguiente, compatible con el Art. 9, párrafo 3 de la Ley Fundamental.”, Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe. Sentencia BVerfGE 50, 290 [Ley de Cogestión de los trabajadores]. cit., p. 302.

¹⁵⁶ “Las dudas en contra del principio de la paridad negocial elevadas por la recurrente no son procedentes. La capacidad del empleador para llevar a cabo una lucha laboral efectiva no puede ser puesto en duda mediante una reglamentación

- 3) La existencia de un subsidiario Estado ‘social’ que debe ser lo ‘suficientemente’ fuerte para garantizar la seguridad, la asistencia y la pacificación social al menor coste posible, pero con todos los medios a su alcance de elección para lograr su fin; y que sea lo ‘necesariamente’ débil – el subsidiario Estado ‘social’ – para ceñirse al rol de regulador económico, sin intervenciones directas de acciones redistributivas de justicia social, y con vocación aperturista de sus fronteras hacia el mercado exterior que faciliten la circulación del capital;
- 4) La promoción de un tipo ‘suficiente’ y subsidiaria de solidaridad vertical– ajena pero no desconectada del mecanismo económico del mercado –; pero que a su vez quede ‘necesariamente’ contenida – la solidaridad vertical – en el mecanismo biopolítico del concepto individual de la caridad cristiana y el ejercicio piadoso; que la solidaridad vertical se manifieste como un tipo de justicia correctiva, pero que no sea capaz de articular una acción colectiva como valor de transformación social;
- 5) La crítica ordoliberal contenida, reformista y ‘suficiente’ a un modelo neoliberal estadounidense de sociedad privada y privatizada, históricamente disfuncional en la región latinoamericana; sin que ‘necesariamente’ – la crítica ordoliberal – implique la conformación de un contrapoder y una ruptura con el desarrollo capitalista de signo liberista a nivel mundial;
- 6) La promoción de un ejercicio biopolítico de conformación de un modelo de comportamiento individual que sea lo ‘suficientemente’ caritativo y cristiano para evitar la inanición del prójimo, pero que sea ‘necesariamente’ competitivo y responsable para garantizar la eficiencia económica del sistema y su sostenibilidad, a través del privilegiado mecanismo de formación de los precios del mercado.

Entre otras manifestaciones que pudieran exponerse y resumirse en los distintos niveles cualitativos sociales. Todo lo cual remite a un ejercicio ordoliberal heterogéneo, difuso y dinámico en el uso de los medios a su alcance para la realización de un proceso de funcionalización proporcional según el *sino*

de la lucha laboral, que se orienta hacia el equilibrio negocial de las partes en la negociación colectiva. Mientras que el empleador no se vea impedido para utilizar los medios que se requieren para lograr este equilibrio, no se violará la libertad de asociación sindical. Ésta se puede estructurar de manera que se impida la posibilidad de un desequilibrio en las negociaciones. El Art. 9, párrafo 3 de la Ley Fundamental no garantiza la competencia ilimitada para emplear todas las formas pensables de lucha. c) [...]. La decisión de cierre temporal afecta alrededor de 130 000 trabajadores frente a, por ejemplo, 4 300 huelguistas. La relación numérica es de treinta a uno. Con el cierre patronal se habría perdido en un día, más del doble de lo que se perdió en días de trabajo durante dos semanas de huelga sindical. El Tribunal Laboral Federal pudo tomar esto como motivo para clasificar como ilegal el cierre patronal, sin restringir en forma desproporcionada, mediante una valoración, la actividad sindical de la recurrente.”, Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe. Sentencia BVerfGE 84, 212 [Cierre patronal - Aussperrung]. cit., p. 307.

de la cambiante realidad histórica – social, que sólo puede ser comprendida – la estrategia del poder ordoliberal – observando la gradualidad de sus fines según los medios disponibles a su alcance: La reproducción del *status quo* como fin último que justifica los medios, cualesquiera que estos sean, según las circunstancias concretas de un momento dado. Al Estado alemán, históricamente cooperativo, corporativo y autoritario¹⁵⁷, le ha correspondido la tarea de institucionalizar y hacer observar las ‘reglas de juego’ necesarias como ‘árbitro robusto comprometido’ con la propia continuidad del ‘juego social’ – entiéndase ‘*status quo*’.

El orden ordoliberal es ‘el orden de los fines y es el orden del uso proporcional de cualquiera de los medios para alcanzarlos’, lo cual incluye la práctica hegemónica y la funcionalización del Estado de derecho. En ese arco conformado entre el ‘*pragmatismo procedurale*’ fuente de certeza de la racionalidad en cuanto a los fines, y la ambigüedad en cuanto al uso y la disponibilidad de los medios necesarios para alcanzarlos, radica la esencia de la fortaleza ambivalente del discurso y de la práctica de la ‘constelación ordoliberal’, propuesta ‘metodológicamente’ por la Konrad Adenauer *Stiftung* para América Latina, ‘*con il noto propósito di accreditare l’economia come strumento di razionalità politica, chiamata a rimpiazzare il diritto. Uno strumento che mira a ricavare la propria validità dall’effettivo conseguimento degli obbiettivi posti, ovvero non dal fondamento giuridico dei mezzi impiegati, e che pertanto pone in essere processi avvertiti come naturali. Il tutto combinato con l’idea che un sistema di potere informato ai presupposti indicati deve essere imposto da uno stato assoluto, chiamato a garantire la libertà, la proprietà e la sicurezza*¹⁵⁸’.

La práctica *kasiana* de la sociedad privada ordoliberal realiza constantemente un reajuste con la realidad que le circunda, y ha sido crítica con la especulación y el desenfreno promovido por el descontrol del circuito financiero internacional que ha provocado la última crisis económica internacional, por cuanto ha puesto en peligro la sostenibilidad sistémica y dejó de proveer información útil, fidedigna y necesaria para la conformación del mecanismo de precios del mercado¹⁵⁹.

¹⁵⁷ “Art. 165. Los trabajadores y empleados son llamados a colaborar con los mismos derechos que los empresarios en la regulación de las condiciones de salario y trabajo, así como el desarrollo económico total de las fuerzas productoras. Se reconocen las organizaciones de ambas partes y sus convenios [...]”, Ver Constitución de Weimar.

¹⁵⁸ Somma, Alessandro, *L’economia sociale di mercato / 1. Il fascino della terza via: Torna di moda un passato mai passato*. cit., p. 9.

¹⁵⁹ “In its report on the origin of the financial crisis, the “President’s Working Group on Financial Markets,” which was charged with investigating the financial crisis, came to the conclusion that the crisis was made possible due to a relaxation of credit issuing standards with regard to subprime mortgages and by mistakes relating to their evaluation and

Por lo tanto, la actividad kasiana ha abogado por una reestructuración integral de la regulación del sistema financiero internacional: “Además del riesgo sistémico inherente al sistema, el segundo gran problema socioético de los mercados financieros es que en lugar de fomentar y respaldar la economía real, la desestabilizan, porque sistemáticamente tienden a sobrereactuar (Cfr. Emunds, 2008, pág. 12 y ss.). Sistemáticamente, los precios determinados en los mercados financieros o influenciados por los actores de los mercados financieros incumplen su función de brindar información a la economía real. Para el economista liberal y Premio Nobel F. A. von Hayek (Cfr. Von Hayek, 1969), la función de información de los precios en el marco de la competencia es un elemento clave de toda economía de mercado. Al respecto, el mercado viene fracasando sistemáticamente y, por ende, exige nuevas regulaciones para el adecuado funcionamiento de la economía real”¹⁶⁰.

Incluso, el llamado que se hace desde los cultores y los ejecutores del pensamiento ordoliberal, en cuanto a la centralidad que debe tener la política como ciencia y actividad rectora de la sociedad¹⁶¹, no se vincula al ejercicio de la más plena democracia plural, sino a una ‘necesidad de conservación’ que requiere del comportamiento sistémico de los operadores económicos¹⁶², para legitimar el ‘consenso’ político que garantice la continuidad fáctica del acuerdo tácito de los intereses privados del orden propietario y, por ende, el funcionamiento orgánico de la sociedad que prescinde cada vez más del

securitization processes. Furthermore, weaknesses in the risk management procedures of financial institutions and state monitoring agencies contributed to a general “erosion of discipline” affecting the issuance of securities.”, Hoffmann, Andreas, Köhler, Ekkehard A., Causes and Regulatory Consequences of the Financial Markets Crisis, en 60 years of social market economy. Formation, Development and Perspectives of a Peacemaking Formula, Christian L. Glossner David Gregosz (Eds.), Konrad-Adenauer-Stiftung, 2010, p. 222. Disponible en, http://www.kas.de/wf/doc/kas_20040-544-2-30.pdf&100630164654.

¹⁶⁰ Wiemeyer, Joachim, *Economía Social de Mercado*, Diálogo Político, Revista trimestral No. 1, marzo 2009. Argentina. p. 35. Disponible en, <http://www.kas.de/argentinien/es/publications/16719/>

¹⁶¹ “Più precisamente, dal mercatismo ci si salva riscoprendo il «primato della politica», concependo quest’ultima come primato della religione e in particolare rivendicando le mitiche «radici giudaico-cristiane dell’Europa». Con ciò si vuole evitare che la terza via si sviluppi come all’epoca in cui la risocializzazione dell’economia si realizzò a detrimento del meccanismo democratico, incarnando quanto è stato efficacemente descritto in termini di «grande trasformazione»: la riforma fascista del liberalismo economico, alimentata dall’affossamento del liberalismo politico. E tuttavia il primato della politica di cui si parla sembra prescindere dalla valorizzazione del meccanismo democratico, o almeno prelude a un modello di democrazia organicista simile a quello sponsorizzato durante il Ventennio: a ciò mirano le esortazioni a riscoprire le strutture comunitarie, da rendere fonti di doveri dell’individuo nei confronti della collettività e veicolo di valori identitari.”, Ivi, p. 6.

¹⁶² “Di più, l’ordoliberalismo riteneva indispensabile che la politica assumesse un ruolo trainante dei processi economici. Esso mirava a conciliare il mercato con la presenza di uno Stato forte, chiamato a intervenire mediatamente, ma pur sempre per «dirigere» in modo «ragionevole e pianificato» le «forze libere», al fine di incentivare «il senso della collettività presso il popolo dedito alle attività economiche».”, Somma, Alessandro, *Razzismo economico e società dei consumi*, Rivista, Materiali per una storia della cultura giuridica, No. 2, dicembre, 2009, Il mulino. 2009. p. 449.

mecanismo democrático en la gestión de la práctica social ¹⁶³. En este punto, ante la creciente complejidad de gestión de la sociedad, a lo cual se adiciona la sostenida pérdida de potencialidades de acción democrática, desde el vértice del poder mundial – aunque a nivel de los estados nacionales – y en aras de la legitimidad de la gobernanza como técnica de gestión global que arrastra un déficit democrático genético no superable, es crucial para el funcionamiento del ‘estado postmoderno’ la capacidad de restitución de la ciudadanía política a los ‘cuerpos intermedios’ ocultos por la ideología liberal¹⁶⁴, en un proceso de reinstitucionalización premoderna de un *neo status* cooperativo y *neo* corporativo que viene a complementar la edificación de la postmoderna sociedad privada del contrato jurídico¹⁶⁵. En todo caso, y siempre en sentido autoritario, se trata de una mayor supresión de las libertades políticas, concebida como condición necesaria para implementar las reformas de las libertades económicas de la sociedad capitalista post industrial.

4 NOTAS SOBRE EL RACISMO POSTMODERNO. LA ACTIVIDAD DE LA KONRAD ADENAUER EN AMÉRICA LATINA.

En este epígrafe se pretende abordar algunas cuestiones que ponen de manifiesto la actividad de subversión y de conversión de identidades subjetivas que realiza la Konrad Adenauer *Stiftung* en América Latina; siempre vinculado a la circulación asimétrica – exportación / recepción – de modelos jurídicos en la dirección dominante centro – periferia, y a su reelaboración / hibridación y retorno ‘original’, como parte del flujo transnacional de teorías y de ‘teóricos’ que condicionan la mutación y el contenido de la circulación de ideas y doctrinas, en este caso particular, en cuanto a la particular

¹⁶³ “La costituzione economica immaginata da Böhm era una «costituzione giuridica» e pertanto realizzava una condizione imprescindibile per la costruzione di uno Stato forte: il «primato della politica». Quest’ultimo doveva assicurare l’equilibrio e lo sviluppo dell’ordine proprietario, contrastando «l’individualismo materialista» e alimentando il «civismo dei membri della comunità di popolo dediti alle attività economiche». E ciò si otteneva assicurando spazi di autodeterminazione individuale nella misura in cui il loro utilizzo produceva benefici di sistema. Un sistema solo «relativamente libero», in quanto doveva innanzi tutto incrementare la produttività di chi si dedica alle attività economiche: «è necessario che la politica economica statale controlli moralmente e materialmente la vita economica» e «sappia stimolare le forze produttive dei membri della comunità di popolo». Sicché «da preferire è l’ordine che promette di ottenere i più utili effetti sociali, politici ed economici e nel contempo consente di realizzare una direzione complessiva della vita economica», Somma, Alessandro, *L’economia sociale di mercato/2. Dal nazionalsocialismo all’ordoliberalismo*. cit., p. 7.

¹⁶⁴ Somma, Alessandro., *Introduzione crítica al Derecho europeo de los contratos*, cit. p. 13.

¹⁶⁵ “Lo Stato si ritrova in una situazione antica, funge da braccio secolare che garantisce l’effettività di scelte normative assunte altrove.”, Bin, Roberto, *Soft law no law*, en Somma, Alessandro, *Soft Law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009. p. 33.

concepción ordoliberal del derecho¹⁶⁶ y el sentido y alcance de las ‘prestaciones sociales’ bajo la denominación de la economía social de mercado.

Anteriormente se había comentado sobre la estructura reticular que conforman las oficinas de representación de la fundación Konrad Adenauer en América Latina. Además de las oficinas nacionales de representación de la fundación Konrad Adenauer y sus respectivas jurisdicciones operativas, existen otras oficinas de representación, sedes de Programas, que concentran su trabajo sobre cuestiones específicas y alcanzan mayores niveles de especialización.

Uno de ellos es el Programa Estado de Derecho, con sede en México, dirigido ante todo a juristas y a políticos dedicados al área del Derecho. Los cuatro temas ejes del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica son: Derecho constitucional, Derechos humanos, Derecho de la integración, y el Derecho procesal.

Estos Programas se orientan a las élites seleccionadas según su potencial social. De este modo el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, con el cual brinda cobertura, además, a los países que integran la región de Centroamérica y a la República de Colombia, se orienta esencialmente a operadores del Derecho, tales como jueces de Tribunales Constitucionales y de Cortes Supremas, jueces de instancias inferiores, fiscales, abogados, defensores de oficio y funcionarios de la administración de la justicia, defensores del pueblo, políticos dedicados al área del Derecho, profesores de Derecho en universidades e institutos científicos independientes, funcionarios de la administración pública (inclusive la policía), funcionarios de diferentes organismos de integración y especialistas del Derecho de integración, así como también incluye a miembros de organizaciones de derechos humanos, organizaciones estatales y no estatales, y a líderes sindicales.

La finalidad del Programa, según hace constar en su página *web*, es: “(...) *brindar apoyo sostenido al desarrollo y a la profundización de un orden jurídico justo y eficiente, basado en el principio de Estado de Derecho como pilar fundamental de una democracia sólida y combativa.*”

Una cuestión importante que asume la realización de este Programa – y el resto – es la labor de atención y de promoción de jóvenes talentos y prometedores estudiosos e investigadores sociales, lo

¹⁶⁶ “L’affermazione che l’Europa è stata fatta dalle colonie, nel senso che le categorie con le quali guardiamo al passato coloniale ed al futuro post-coloniale sono state modellate dal processo stesso di colonizzazione, vale dunque anche nel diritto comparato. L’ibridazione nel flusso transnazionale di teorie e teorici - flusso non è mai a senso unico, ma è multidirezionale¹⁶⁶ - trova così i suoi possibili contenuti.”, Marini, Giovanni, *Diritto e politica. La costruzione delle tradizioni giuridiche nell’epoca della globalizzazione*, cit. p. 55.

cual se complementa con actividades de visita de juristas de alto nivel a Alemania; y con el ofrecimiento por parte de la fundación Konrad Adenauer de una amplia oferta de becas de estudio dirigidas a jóvenes abogados que deseen capacitarse, tanto en Latinoamérica como en Alemania. En ciertos temas demandados, en los cuales existe una ‘oferta insuficiente’ en el mercado latinoamericano, la KAS promueve la realización de traducciones al español de obras jurídicas alemanas¹⁶⁷. Todas las publicaciones se distribuyen en las bibliotecas de Facultades de Derecho, Juzgados y Parlamentos de todo el subcontinente; y se asegura su publicidad, el conocimiento y la promoción según una base de datos actualizada permanentemente¹⁶⁸.

La Konrad Adenauer ha nucleado tras sí a un nutrido grupo de juristas, filósofos, antropólogos, sociólogos y a todo un *set* de profesionales de alta preparación y de elevado talento que conforman un equipo intelectual multicultural empeñado en reproducir el credo ordoliberal. En este dinámico proceso, las publicaciones tienen una significación clave e integradora, pues por medio de dichas publicaciones las organizaciones asociadas y la propia Konrad Adenauer ganan un perfil propio y define sus contornos característicos y diferenciadores en un entorno liberista, todo esto perceptible tanto desde el interior como desde el exterior del mismo. Además, las publicaciones sirven siempre como laboratorios y, de manera especial, como medios de difusión de la compleja ideología. Estos intelectuales de la palabra, escrita o hablada, se colocan por pura responsabilidad personal al servicio de una idea, de la cual extraen los valores culturales para conformar la obligatoriedad moral hacia un orden social racional y la necesaria sistematización de los comportamientos personales.

¹⁶⁷ “Ebbene, se è vero che i paesi americani hanno tanto in comune, ci si stupisce di quanto ancora si ignorino (...) Nelle biblioteche giuridiche sudamericane si trovano paradossalmente scaffali pieni di libri europei e statunitensi, ma assai pochi libri provenienti di altri paesi della stessa area. Gli studenti stessi prediligono recarsi per uno stage o un diploma post laurea in Europa ovvero, in numero crescente, negli Stati Uniti, piuttosto che in un altro paese latinoamericani. Peraltro, non esiste un testo di diritto comparato che confronti ed espliciti i sistemi giuridiche sudamericani. (...) e ciò avviene nonostante che la comparazione sia una pratica costante nella vita giuridica sudamericana, al punto che assai frequentemente manuali o commentari di diritto civile abbondano di riferimenti alla letteratura e alla giurisprudenza straniera, sentenze di ogni grado hanno richiami a teorie o orientamenti esteri, così come gli avvocati traggono dall’sterco spunto o conferma della validità delle tesi sostenute nelle arringhe o negli atti giudiziari.”, Diurni, Amalia, *Percorsi mondiali di diritto privato e comparato*, Giuffrè editore, Milano. 2008. p. 62.

¹⁶⁸ “Ogni mutamento giuridico infatti produce vincitori e perdenti, alcuni devono subire i costi della transizione, altri invece ne godono i vantaggi. Intanto ogni esportazione di categorie e dell’ armamentario concettuale e retorico che le accompagna è in grado di selezionare i soggetti ai quali tocca il compito di dettare la forma e la sostanza del discorso giuridico a livello locale, collocandoli in una posizione di vantaggio rispetto agli altri. La vicenda di una “periferia” come quella latino-americana è abbastanza indicativa.”, Marini, Giovanni, *Diritto e politica. La costruzione delle tradizioni giuridiche nell’epoca della globalizzazione*, cit. p. 59.

En este trabajo de construcción de subjetividades – como resultado de la estrategia ordoliberal de dotar al espacio de la modernidad latinoamericana de instancias que representen el poder postmoderno occidental, la KAS también ‘construyó’ el Instituto Centroamericano de Estudios Políticos que radica en Guatemala¹⁶⁹. Este Instituto ‘construido’ es una entidad satélite de la Konrad Adenauer, y su presencia en Guatemala constituye la continuación y la cuarta escuela del Programa de Participación Política Indígena – PPI – que tuvo su primera experiencia en Ecuador. El Programa de Participación Política Indígena se orienta a la formación y al liderazgo indígena en América Latina con ayuda de actividades concentradas en la educación y en el asesoramiento de proyectos concretos, y se propone fortalecer la participación de la población indígena de forma integral dentro de los procesos democráticos a corto, mediano y largo plazo.

Este Programa, por supuesto, es sostenido financieramente por la Konrad Adenauer y es una iniciativa de formación y de capacitación política, dirigida fundamentalmente a jóvenes provenientes de los diferentes pueblos indígenas de Guatemala, Bolivia, Perú y Ecuador. Se trata de un proceso formativo de alto nivel, de carácter continuo, que combina elementos conceptuales con aplicaciones concretas, dirigido a organizaciones locales, políticas, sociales, académicas y gubernamentales, en el marco de la pertenencia étnica y multicultural. El Programa plantea la necesidad de la representatividad equilibrada de los pueblos que coexisten en Guatemala dentro del sistema político, y en la institucionalidad del Estado.

Este trabajo de formación indígena en el marco de la pertenencia étnica y multicultural, puede concebirse como un tipo de políticas activas de inclusión diferenciada, estigmatizada y refinada, practicada desde un racismo postmoderno, que pretende deteriorar y asimilar las micro subjetividades locales, desde una gestión macro global de homogenización e integración al encuadre político representativo liberal. Es un trabajo orientado principalmente a los jóvenes y a las mujeres como actores destacados del contexto local.

La aplicación de este Programa a un segmento diferenciado de la población de Guatemala y de los países andinos, puede considerarse como la manifestación de un tipo de corrupción de subjetividades locales, de desubjetivación o de deterioro de identidades, según las propias palabras del Director General del PPI y representante de la KAS en Ecuador, a raíz del lanzamiento público de la adhesión de Guatemala al Programa¹⁷⁰. Este es el tipo de condescendencia y de generosidad occidentales que

¹⁶⁹ Instituto Centroamericano de Estudios Políticos, Disponible en, <http://www.incep.org/website/index.php>

¹⁷⁰ “El Director General del PPI y representante de la KAS en Ecuador, Berthold Weig, mostró su enorme satisfacción por el evento celebrado en Guatemala y que sirvió como referente para la estructura misma del PPI en general. Recalcó su

puede aspirarse.

De este modo se manifiesta la Konrad Adenauer *Stiftung* a través de sus intermediarios intelectuales, y una vez más reluce en su carácter de organización nodriza, la promoción y la construcción subjetiva, tanto de subjetividades individuales como colectivas, orientadas al desarrollo de élites y liderazgos intelectuales que incorporen en su quehacer cotidiano los valores corporativos del universo KAS.

Valorado someramente el comportamiento de la Konrad Adenauer *Stiftung* en los diversos contextos nacionales analizados, puede arribarse a la conclusión de que es particularmente insidiosa y contestataria su actividad frente a regímenes como el de Venezuela, Nicaragua, Bolivia y Ecuador – declarados en términos convencionales como izquierdistas o colectivistas – con lo cual pone en evidencia su predilección – más allá del lenguaje retórico de la existencia del Estado liberal de derecho como condición para el buen funcionamiento de la sociedad ordoliberal – por regímenes autoritarios y corporativos de derechas, lo cual se corresponde con la herencia de matriz de origen nacionalsocialista germánica – vinculada al orden sistémico, a la corporativización de la sociedad civil y a la estabilidad y la disciplina social –. Con lo cual, hace coincidir la estrategia ordoliberal *kasiana* del vigésimo primer siglo de nuestra era, con la estrategia norteamericana aplicada en los años 70 del siglo XX para el subcontinente latinoamericano que dio lugar a un rosario de dictaduras militares por todo el continente¹⁷¹. La conformación de la identidad social corporativa *kasiana* supone la presencia de un adversario, identificado con los regímenes totalitarios como antagonistas del régimen democrático; pero en última instancia, la tendencia política socialista – comunista añade el ingrediente cualitativo y descalificador de la nacionalización, de la estatalización y de la intervención pública que reduce los espacios de la propiedad privada y la opción de la economía liberal. Seguramente se halla en las políticas asociadas al colectivismo la razón de fondo que justifica la insidiosa crítica ordoliberal *kasiana*.

total apertura y bienvenida de Guatemala a la familia del PPI, poniendo énfasis en la enseñanza acompañada de las aplicaciones prácticas y de la defensa de cualquier cambio dentro del sistema democrático y de derecho. "No buscamos cambios en el grupo indígena fuera del Sistema de Derecho, queremos formarles en la construcción de una sociedad diferente, más justa y equitativa, pero en democracia y respeto a la ley", señaló.", 28 de octubre, 2009, Guatemala, Disponible en, <http://www.kas.de/ecuador/es/events/38603/>.

¹⁷¹ “*Anche nell’andamento di questa fase non sarà ininfluyente il ruolo degli Stati Uniti. Infatti, temendo che uno sbocco consolidato dei regimi riformisti potesse determinare un incontrollabile mobilitazione in senso rivoluzionario, gli Stati Uniti preferirono scegliere di appoggiare i regimini militari, dai quali potevano ottenere la garanzia di stabilità politica e, conseguentemente, della stabilità economica.*”, Carmagnani M., Casetta G., *America Latina: La Grande trasformazione 1945 – 1985*, Giulio Einaudi editore s.p.a., Torino 1989, p. 72.

En última instancia, la tendencia política socialista – comunista es el adversario ideológico frente al cual se realiza plenamente la identidad corporativa del KAS que refleja en sus comunicaciones internas y externas la visión estereotipada del orden cultural e ideológico eurocéntrico, que identifica convencionalmente a la izquierda como solidaria / irresponsable / orientada a lo público, y a la derecha como realista / pragmática / orientada a lo privado, ocultando de esta última su vena represiva¹⁷².

Otra cuestión a resaltar es la atención que se le brinda, en toda la plenitud del universo KAS, al seguimiento de los sindicatos obreros y a la formación de sus dirigentes. En este sentido, recalcar que se está en presencia de un dispositivo estratégico de poder que intenta controlar predictivamente todas las variables de las micro subjetividades locales. Los movimientos sindicales – vigorosos y organizados – han representado tradicionalmente una reserva de contrapoder político y un nicho de pensamiento libertario contestatario al sistema, que pretenden acelerar el cambio de estructuras e instituciones percibidas como productoras de ‘extremas’ injusticias, por lo cual han representado – tradicionalmente – una amenaza para la conservación del *status quo*. Es por ello que el sistema político, respondiendo a la lógica de mercado y a la oligarquía – nacional y global –, debe perpetuar la subordinación de las clases trabajadoras y marginadas como condición indispensable para permitir las tasas de acumulación y reproducción del capital. Hacia ese camino se dirige la actividad ordoliberal *kasiana*, que por un lado, no puede prescindir en una visión del Estado corporativo de la existencia de los sindicatos como interlocutores válidos en un eventual pacto cooperativo social pro consenso ordoliberal continental, y por otro lado, debe ser capaz de adoctrinarlos e incorporarlos a las exigencias de la regla de la eficiencia económica del mercado mundial, como condición previa – y necesaria – para abordar la cuestión secundaria de las prestaciones sociales y la mejora de las condiciones de vida de la clase trabajadora degenerada en masa social consumidora¹⁷³. La clase trabajadora deviene, en

¹⁷²Según el Índice de percepción de la corrupción 2009, de Transparencia Internacional, Bolivia se sitúa en la posición 120, y Ecuador y Venezuela se ubican en los puestos 146 y 162 respectivamente, siendo los últimos de los países latinoamericanos en una lista de 180 países. El Índice está encabezado por los países occidentales europeos de primer nivel – Alemania ocupa la posición 14 -, y una segunda oleada parece reservada a los PIGS europeos – España: 32, Portugal: 35, Italia: 63 y Grecia: 71. *Índice de Percepción de la Corrupción 2009 de Transparency International*. Disponible en, www.transparency.org/cpi

¹⁷³“*La classe, spiegava qui Trockij, non si determina soltanto in base alla partecipazione nella distribuzione del prodotto nazionale, ma anche per il ruolo indipendente che essa riveste nella struttura generale dell’economia, per le sue radici indipendenti nelle fondamenta economiche della società*”, Trosky, L., *La quatrième internationale et l’Urss. La nature de classe de l’Etat soviétique*, in Id., *Oeuvres*: II, Julliet 1933-October 1933, cit., p. 256, en Weil, Simone, Piccigallo Fabio, *Da Weimar a Mosca. L’elaborazione della “teoria della convergenza”*, Dimensioni e Problemi della ricerca storica, I, 1999. p. 269.

este esquema *kasianamente kafkiano*, en un ‘cooperador necesario’ para la continuidad sistémica.

Lo expuesto anteriormente, es igualmente válido para las poblaciones indígenas latinoamericanas y sus dirigentes – y demás grupos étnicos y raciales minoritarios –, los cuales son compelidos a integrarse por la acción social *kasiana* y a compartir ciertos valores y normas sociales relativas a la conducta y a los atributos personales de todos los miembros de la comunidad, según los estándares occidentales. Esta acción social *kasiana* puede entenderse desde la intencionalidad etnocéntrica de hacer cambiar el sistema de referencias morales y culturales pertenecientes a una determinada identidad comunitaria local. La transmutación de la identidad cultural autóctona local se justifica desde el discurso ordoliberal porque esta última no se integra adecuadamente al contexto de relaciones económicas y jurídicas internacionales, que a su vez, desvía y separa a la ‘comunidad local’ del curso y del destino del progreso mundial y que en consecuencia ha de perecer según un estructurado ciclo económico de caducidad progresiva de las culturas menos integradas e ineficientes productivamente. Además, la traslación de la referencia moral de los valores sociales de la comunidad local – en un ejercicio social de deterioro de identidades autóctonas – permite identificar y visualizar a los individuos que, asumiendo una actitud defensiva tendente a no ser absolutamente absorbidos por los presupuestos jurídicos y filosóficos europeos, divergen y rechazan abiertamente – en una manifestación calificada de excentricidad y de temeridad – el lugar social al cual están compelidos por el ‘mejor de los órdenes’. A estos individuos ‘anómicos y desviados’ que pretenden desarrollar acciones de afirmación de su diferencia y de su alteridad negada y oprimida, se les hace merecedores del rechazo colectivo del orden social, y han de quedar sujetos al ‘orden’ de la ‘tolerancia ecológica controlada’ y al consecuente seguimiento represivo–predictivo individual, que no ‘separa pero distingue’.

La justicia social no es la razón del sistema ordoliberal, sólo es un corolario marginal de la acumulación y de la reproducción de la riqueza económica¹⁷⁴; y el Estado de derecho ordoliberal puede concebirse como el dispositivo hegemónico de legitimación de la contención capitalista de los sectores populares, sin recurrir a la represión¹⁷⁵ – canalizando la conflictividad social por un sistema de convenciones que sea capaz de excluir las conductas hostiles, utilizando el mecanismo de las prestaciones sociales –. La promoción de Estados corporativos latinoamericanos – de larga data

¹⁷⁴Carmagnani M., Casetta G., *America Latina: La Grande trasformazione 1945 – 1985*, cit. p. 80.

¹⁷⁵*Ibidem*, p. 136.

europea en la experiencia fascista italiana, nacionalsocialista germana y franquista española – tiene como consecuencia la disminución de la capacidad conflictual de la interacción política y social entre las clases sociales, permitiendo al Estado ejercer una mayor autonomía y disposición preventiva sobre los actores sociales, compulsándolos a la cooperación funcional con la lógica de la dimensión global de la gobernanza ordoliberal – un capitalismo ordenado postmoderno, con rostro de servidumbre humana –. Es evidente la negación de la real democracia participativa como ejercicio de representación política de los distintos segmentos sociales; y por ende, su funcionalización y reducción a través de la exacerbación de la democracia deliberativa, propia de los dispositivos de la gobernanza económica.

– NOTAS SOBRE EL RACISMO POSTMODERNO.

La misma lógica es aplicable a la revalorización cultural y política de las comunidades indígenas de Bolivia, Ecuador, Guatemala y Perú, en las cuales la presencia del líder o el caudillo es fundamental para mantener el diálogo, como técnica representativa del modelo cooperativo. Por ello la importancia de formar y educar a los caciques locales – caciquismo – en los valores ordoliberales, como intermediarios válidos en una gestión biopolítica de la comunidad local y de todos los espacios sociales, permite solventar adecuadamente eventuales reductos en defensa del *status quo*. No debe olvidarse que el caciquismo o caudillismo – la preeminencia del jefe local – también es una característica análoga central del modelo político estatal latinoamericano, centrado en un fuerte y arraigado presidencialismo como sistema de gobierno, que frecuentemente deviene en un tono autoritario y dictatorial.

Durante la entrega de los certificados de asistencia a 18 becarios indígenas, como parte del programa *kasiano*, la funcionaria encargada de la oficina de representación en Bolivia: *“Resaltó la importancia de la formación de líderes indígenas con profunda vocación democrática e inspirados en auténticos valores democráticos, quienes podrán incidir en la vida política democrática de éste país de forma constructiva. Compartió con ellos la experiencia alemana de las guerras e indicó que se debe aprender de la historia para mirar hacia el futuro sin quedarse detenidos en los momentos conflictivos, posición que Alemania mantuvo y que le ha valido en la actualidad ser considerado como uno de los países más desarrollados del mundo. A tiempo de felicitarles por haber absuelto exitosamente el curso les deseo mucho éxito en sus funciones de líderes haciendo uso de las*

herramientas, conocimientos y habilidades transmitidas a lo largo del mismo”¹⁷⁶.

Se pone de manifiesto en ese trabajo de selección individual y promoción de líderes que realizan, directa y personalmente, los funcionarios de las oficinas de representación de la Konrad Adenauer *Stiftung* en América Latina, el estudio que a nivel de micro sociología y psicología social desarrollan en cada una de las micro localidades y en cada una de las micro poblaciones latinoamericanas; valorizando y midiendo así – para su inmediata desvalorización – la potencial conflictividad micro social y el peligro de ruptura por la interacción y fricción, entre los distintos niveles sociales.

Una motivación adicional – para el académico talentoso y el gestor político inteligente que como presupuesto abraza la ideología ordoliberal – radica en la posibilidad de viajar a la ‘sede social’ del ordoliberalismo y poder experimentar, por sí mismo, la euforia de vivir el milagro alemán; de formarse y de prepararse en reconocidas instituciones universitarias que fomentan en las élites intelectuales la nueva razón de Estado, y que a *la fine* habrán de legitimar el consenso ordoliberal latinoamericano. De este modo Alemania deviene para los elegidos ¹⁷⁷ en un ícono ordoliberal, cual imagen sensual que acerca la posibilidad futura y promisoría de una Latinoamérica ordoliberal.

El ‘*elegido*’ latinoamericano debe dissociarse de su pasado moderno, de su propia comunidad y de su contexto local, para comenzar a asumir e identificarse con lo que todavía no es, pero que *diventará*, ser un especial portador individual de la postmodernidad¹⁷⁸. Es el proceso de selección, formación política y cultural de los portadores aborígenes, necesarios para la transmisión de la civilización en el ‘nuevo mundo’ a través de los evangelios del mercado y de las virtudes del paradigma ordoliberal germano. Una manifestación exacta de la ‘microfísica del poder’.

En este proceso de selección ¹⁷⁹ y de promoción de las élites latinoamericanas da larga data en las

¹⁷⁶Acto de entrega de certificados de asistencia a la Primera generación del PPI. Disponible en, <http://www.kas.de/bolivien/es/publications/19255/>

¹⁷⁷“(…) *Se podría agregar que cuando una persona con un estigma particular, alcanza una posición ocupacional, política o financiera elevada – su importancia depende del grupo estigmatizado en cuestión – es posible que se le confie una nueva carrera: la de representar a su categoría.*” Goffman, Erving, *Estigma. La identidad deteriorada*, cit. p. 39.

¹⁷⁸ “*Intanto ogni esportazione di categorie e dell’ armamentario concettuale e retorico che le accompagna è in grado di selezionare i soggetti ai quali tocca il compito di dettare la forma e la sostanza del discorso giuridico a livello locale, collocandoli in una posizione di vantaggio rispetto agli altri. La vicenda di una “periferia” come quella latino-americana è abbastanza indicativa.*”, Marini, Giovanni, *Diritto e politica. La costruzione delle tradizioni giuridiche nell’epoca della globalizzazione*, cit. p. 28.

¹⁷⁹“*La concorrenza era insomma celebrata come efficiente «processo di selezione », tale in quanto regolato da «rigide regole del gioco e della lotta».*”, Somma, Alessandro, *L’economia sociale di mercato/2.Dal nazionalsocialismo all’ordoliberalismo*. cit., p. 13.

prácticas de dominación occidentales, se manifiesta un tipo de ‘racismo postmoderno’ – que ha declinado su vulgaridad biológica en relación a su versión moderna, porque ha cambiado de forma y de estrategia, aunque no haya perdido intensidad y presencia. El racismo contemporáneo ordoliberal, en el marco de la tradición jurídica occidental, ha superado las teorías biologicistas y se ha deslizado en un movimiento táctico funcional hacia consideraciones culturales – un racismo diferencialista o racismo sin razas –, asumiendo que el comportamiento de los individuos, sus capacidades y sus actitudes se corresponden con el hecho de pertenecer a determinadas culturas históricamente determinadas¹⁸⁰. De este modo, la teoría racista de la sociedad global ordoliberal deviene en una teoría de la segregación y no de la jerarquía – la jerarquía de las razas no es percibida como una causa sino como un efecto *a posteriori* de las circunstancias sociales, en un juego de libre competencia en un mercado de meritocracia cultural –¹⁸¹. El paso al racismo postmoderno no es de oposición, sino de intensificación¹⁸².

En sede de análisis de las manifestaciones del racismo postmoderno¹⁸³ sobre la labor que desempeña la Konrad Adenauer *Stiftung* en el territorio moderno de América Latina, aparece la ‘exclusión racial occidental como un método funcionalizado de ingreso al orden económico ordoliberal global’, en un proceso de inclusión diferenciada por graduaciones y niveles de intensidades culturales latinoamericanas, en correspondencia con el aporte material al producto interno bruto – PIB – global

¹⁸⁰ “*In secondo luogo, la tradizione giuridica inevitabilmente assume una valenza prescrittiva, non costituisce cioè soltanto un modo per presentare una determinata visione della realtà, ma anche di produrre attraverso la rappresentazione determinate conseguenze. L'appartenenza ad una tradizione giuridica, infatti, sebbene non vincoli, può però offrire la giustificazione per l'adozione di un regime giuridico nel quale si riflettano determinati valori o un modello di famiglia. Infine la tradizione giuridica si afferma attraverso processi selettivi. Pur essendo di solito presentata nella prospettiva organicistica, nelle vesti cioè di una lenta, progressiva e spontanea evoluzione, la sua rappresentazione tende a selezionare fra i vari elementi che la possono definire, privilegiandone qualcuno nei confronti di altri.*”, Marini, Giovanni, *Diritto e politica. La costruzione delle tradizioni giuridiche nell'epoca della globalizzazione*, cit. p. 9.

¹⁸¹ “*El Imperio no piensa la diferencia en términos absolutos, no plantea nunca las diferencias raciales en términos de naturaleza, sino siempre como diferencias de grado, nunca las plantea como necesarias sino como accidentales. La sumisión es realizada en los regímenes de las prácticas cotidianas más móviles y más flexibles, pero que crean jerarquías raciales que no son menos estables y brutales.*”, Hardt, Michael, *La sociedad Mundial de Control*, 2008. p.5.

¹⁸² “*Algunos juegan con los temores de la gente e invocan valores liberales para causas antiliberales, acusando a los inmigrantes de violar los valores europeos*”, Declaración del Secretario General de las Naciones Unidas, Ban Ki-moon, ante el pleno del Parlamento de la Unión Europea, el 19 de octubre de 2010. <http://www.europarl.europa.eu/news/>.

¹⁸³ “*Según un sondeo reciente, más del 50% de los alemanes tolera mal a los musulmanes (cuatro millones de personas, un 5% de la población total del país). Más del 35% estima que Alemania está "sumergida" por los extranjeros, y un 10% cree que el país debería ser dirigido "con mano firme" por un "Führer". El secretario general del Consejo central de los judíos de Alemania, Stephan Kramer, expresó su inquietud ante este debate "desmesurado, hipócrita e histérico", en una sociedad alemana que, según él, se radicaliza.*”, AFP, 18 de octubre, 2010.

que realiza cada una de las naciones, y es propio de las prácticas eugenéticas económicas¹⁸⁴. De este modo, las prácticas raciales se manifiestan como un tipo de ‘racismo económico’ que condiciona las propias construcciones sociales de la identidad y de la diversidad cultural. En una sociedad compleja y desarrollada como la actual fase *post* industrial, es inevitable el encuentro entre el ‘*ordine*’ y el comportamiento individual, pero vale la pena resaltar que este encuentro en la lógica ordoliberal no viene orientado a la consecución de la emancipación social, como finalidad primaria, sino que viene orientado a la conformación de los comportamientos individuales en función del equilibrio y el desarrollo del mercado como cuestión primaria y esencial. La emancipación social, como algo improbable, es un resultado accesorio de la lógica económica del *biocapitalismo* contemporáneo¹⁸⁵.

El ingreso al ‘orden ordoliberal global’ de las sociedades nacionales latinoamericanas se presenta implícitamente como una manifestación de ese trabajo de selección, de formación y de adoctrinamiento de las élites latinoamericanas, siempre en el marco de un proyecto de gobernanza global ordoliberal. La práctica racista se concibe no en términos de exclusión, sino en términos de ‘inclusión diferenciada y funcional’ según la arquitectura de la gobernanza mundial y su razón de Estado imperial de conformación del mercado capitalista mundial¹⁸⁶. En este sentido, en la teoría

¹⁸⁴ “Assistiamo oggi a una forma di costruzione della diversità presidiata da un’eugenetica economica, votata alla conformazione dei comportamenti individuali in funzione dell’equilibrio e dello sviluppo del mercato. E non si tratta dei condizionamenti classicamente esercitati dal meccanismo pubblicitario. Si mira ora a plasmare l’esistenza nel suo complesso e non solo con riferimento ai comportamenti di consumo: questi ultimo sono il tramite attraverso cui il biopotere impone i suoi criteri di inclusione o esclusione sociale. Un biopotere al servizio di una bioeconomia o di un biocapitalismo, che agisce su tutte le componenti biologiche e sulle dimensioni mentali, relazionali e affettive degli individui.”, Somma, Alessandro, *Economia di razza. Dal fascismo alla cittadinanza europea*, cit., p. 143.

¹⁸⁵ “The ordoliberal model of social justice was still based on cooperation whit solidarity. The welfare state established itself as a mere means for enhancing social peace. The conformation of market relations could eventually promote individual emancipation, but only, inasmuch as his favored the balance and development of the proprietary order, that is, the economic growth.”, Somma, Alessandro, *At the roots of European private law: social justice, solidarity and conflict in the proprietary order*, 5.4 – *The Economic Constitution and Individual Emancipation*, cit., p. 202.

¹⁸⁶ “Las declaraciones de la canciller Ángela Merkel que ha afirmado que “los esfuerzos por construir una sociedad multicultural han fracasado absolutamente” ha desatado la polémica sobre el Islam en Alemania. Durante un congreso de las Juventudes Democristianas celebrado este sábado en Potsdam, Merkel ha manifestado que los inmigrantes son bienvenidos en Alemania, pero que es necesario que aprendan alemán y acepten las normas culturales. (...) Al mencionar el fracaso de la sociedad multicultural, Merkel sólo repitió lo que es prácticamente un dogma en el ala más conservadora de su partido para luego relativizarlo, dándole la razón a Wulff al declarar al Islam como parte de Alemania. En este contexto, Wulf visita este lunes Turquía. Tres millones de turcos viven en el país germano. (...) Otro tema, también relacionado con el Islam, que debe desempeñar un papel importante durante la visita de Wulff a Turquía es el de las aspiraciones de ese país a convertirse en miembro de la Unión Europea (UE). La línea dominante en la CDU es la de rechazar el ingreso porque temen unas diferencias culturales demasiado grandes con el resto de Europa. Según una encuesta reciente del diario Bild, una clara mayoría de los ciudadanos alemanes, un 72,5%, está en contra de un ingreso de Turquía a la UE.”, Disponible en, <http://www.publico.es/internacional/341941/alemania-abre-el-debate-delaintegracion>.

racista postmoderna, existe un límite a la flexibilidad de las diferentes culturas latinoamericanas que conforman el mosaico de sus naciones y tradiciones populares, por lo que constituye vano y peligroso permitir o imponer masivamente una mezcla de culturas ‘excesivamente’ diferentes. Resulta entonces más óptimo y eficiente, desde la lógica política mercantil, realizar un proceso individual de selección ‘quirúrgico’ de líderes profesionales que serán los predicadores del evangelio ordoliberal en el nuevo mundo latinoamericano¹⁸⁷: “Desde el comienzo, esos líderes pueden ser reclutados entre los miembros de la categoría que aspiran a dejar de vivir como sus pares y que son relativamente capaces de hacerlo, dando lugar a lo que Lerwin denomina liderazgo desde la periferia.”

En el fondo, subyace la teoría de preservación de la ‘raza pura’, en este caso particular, la preservación de la raza germana¹⁸⁸. De modo que desde el pensamiento y desde la filosofía de expansión de la ‘economía social de mercado’, como la razón de estado germana, consiente en asumir la contradicción y la pulsión entre las tendencias de ‘lo particular y de lo universal’, al expandir funcionalmente su propia visión gubernamental de la sociedad cooperativa ordoliberal global y su corolario de valores occidentales, pero, sin mezclarse y confundirse más allá de lo necesariamente justificado y favorable a sus intereses¹⁸⁹, en un mecanismo aséptico y esterilizado de dominación ‘post neocolonialista’¹⁹⁰, que no deviene nunca en una pueril colonización¹⁹¹.

En todo este análisis, no es menos importante el aporte que se realiza desde la ciencia del ‘derecho

¹⁸⁷ Goffman, Erving, *Estigma. La identidad deteriorada*, cit. 2006. p. 40.

¹⁸⁸“El debate sobre extranjeros en Alemania ha cambiado desde que el ex funcionario del banco central, Thilo Sarrazin, publicó su libro que acusa a los inmigrantes musulmanes de disminuir la inteligencia de la sociedad alemana. Sarrazin fue censurado por sus opiniones y despedido del Bundesbank, pero su libro ha resultado ser muy popular y las encuestas mostraron que una mayoría de alemanes coincidían con la ofensiva de sus argumentos. (...)”, AFP, 18 de octubre, 2010.

¹⁸⁹La obra de Nolte E. (*Die Krise des liberalen System un die faschistischen Bewegungun*), citado por el diccionario político de Bobbio N., identifica entre los elementos comunes a las distintas topologías de fascismos, la coexistencia contradictoria de una tendencia particular y de una tendencia universal. En la situación actual «*la contradicción cooperativa*» deviene posiblemente entre un renacido nacionalismo germano y una globalización del pensamiento ordoliberal en la búsqueda de la hegemonía mundial, como modelo de desarrollo humano a través de la fórmula de la Economía Social de Mercado.

¹⁹⁰Sobre la teoría del estigma, y la ideología para explicar la inferioridad. Ver entre otros: *Estigma. La identidad deteriorada*, Goffman Erving, cit.

¹⁹¹ “*Il fenomeno del miticcato (mestizaje in spagnolo e miscigenacao in portoghese) nacque in questo contesto, favorito dall’esigenza dio popolare il continente e dalla consuetudine iberica dell’unione di razze diverse, radicatasi in secoli di dominazione araba. Già nel 1514 con una cédula reale vennero legittimati il matrimonio misti tra uomini spagnoli e donne indigene, fornendo anche il supporto legale al fenomeno, diffuso sul territorio in modo non uniforme: ad esempio, quasi sconosciuto in Argentina, Cile e nelle Ande peruviane, presente come tratto caratteristico in Brasile.*”, Diurni, Amalia, *Percorsi mondiali di diritto privato e comparato*, cit., p. 57.

comparado’ a la gobernanza mundial como fenómeno hegemónico, en cuanto a ‘orientar’ los criterios de estabilidad, de conservación sistémica y a ser un instrumento de geopolítica del derecho desde el vértice del poder, siempre en el marco de la circulación de modelos, de tradiciones jurídicas y de impostación de valores occidentales en los contextos nacionales latinoamericanos¹⁹², descritos desde una narrativa mayoritaria como receptores natos del derecho continental occidental, con escasa capacidad local de invención para encontrar soluciones propias. Este discurso se orienta a ‘desarmar’ la posibilidad de un conflicto entre el espacio ‘local’ latinoamericano y el espacio ‘universal’ occidentalizado y global, reforzando ‘oportunamente’ el uso selectivo de las fuentes, privilegiando algunos elementos en detrimento de otros, para concluir con la pertenencia indefectible y la asimilación de lo ‘local’ al espacio ‘universal’; y con ello, debilitando las cuestiones particulares de resistencia que pueden conformarse a partir de las identidades nacionales latinoamericanas .

De este modo, el consenso ordoliberal latinoamericano deviene en una propuesta racista, estigmatizada y funcionalizada del ordoliberalismo germano y comunitarista europeo. Racista – por razones de la impureza de la raza mestiza latina, su mosaico de identidades sociales y la híbrida combinación de características fenotípicas, genotípicas y psíquicas transmitidos por vía hereditaria –. Estigmatizada – por razones del discurso retórico de la ineficiente cultura latinoamericana en términos de racionalidad, de eficiencia económica, y de peculiaridades intelectuales y caracteriales –. Y funcionalizada – por la fatalista (i)racionalidad global que aconseja su ubicación periférica en el ordenamiento mundial según los resultados de la competencia cultural. En cualquier caso, como es común en el ejercicio dinámico y oportunista del poder, el orden global se nutre de la alteridad, relativizándola y gestionándola según sus propios e ingentes intereses; llegando incluso a considerar que cualquier acto de resistencia o de respuesta defensiva frente a las manifestaciones de dominación cultural e ideológica occidental, sería la confirmación del defecto o del estigma racial y cultural latinoamericano, con lo cual – defecto y respuesta – justificarían conjuntamente, una vez más, la acción civilizadora pos neocolonial occidental en América Latina. En esta ocasión, los evangelios se denominan: economía social de mercado.

¹⁹² “Con la loro capacità di ridisegnare continuamente i confini dello spazio, le narrative della comparazione costituiscono un’arma potente nella geopolitica del diritto¹⁹². Non si può certo negare il contributo del diritto comparato ai progetti di governance. Il diritto comparato produce visioni del mondo ed in base ad esse cataloga i suoi prodotti, nel tracciare il solco fra tradizionale e moderno, esotico e normale, arretrato e sviluppato, il diritto comparato contribuisce anche a suggerire la direzione che deve prendere l’imitazione dei modelli. (...) La comparazione segue così un percorso molto spesso parallelo a quello degli studi coloniali e postcoloniali nella misura in cui ambedue riflettono una crescente consapevolezza del modo in cui la cultura occidentale ha prodotto, diffuso e mantenuto una serie di narrative del “sud” o dell’”est” tali da assicurargli una posizione di egemonia nei confronti degli altri paesi.”, Marini, Giovanni, *Diritto e politica. La costruzione delle tradizioni giuridiche nell’epoca della globalizzazione*. cit. pp. 19 – 20.

II PARTE – MANIFESTACIONES CONTEMPORÁNEAS DEL ORDOLIBERALISMO.

CAPÍTULO 1 – SOBRE LOS REFERENTES HISTÓRICOS Y NORMATIVOS ORDOLIBERALES.

Sumario: 1 Breves referentes históricos ordoliberales. 1.1 La economía social de mercado como expresión ordoliberal. 1.2 Apuntes sobre la teoría de la constitución económica. 1.3 Las reglas del orden del mercado constitucional. 2 Breves referentes normativos ordoliberales. 2.1–La República Federal Alemana. La Ley Fundamental (Ley de Bonn) 2.2–La Unión Europea. El Tratado de Lisboa. 2.3–Las Repúblicas ex socialistas de Europa. 2.3.1 La constitución de la República de Polonia. 2.3.2. Apuntes constitucionales sobre la República de Hungría. 2.3.3 El proyecto de constitución de la Federación de Rusia, de 1992. 2.4–Las constituciones ordoliberales de la República del Perú. 2.5–La fallida constitución ordoliberal de la República de Ecuador. 2.6–La evolución constitucional de la República Popular China. 3 Cuestiones de síntesis.

CAPÍTULO 1 – SOBRE LOS REFERENTES HISTÓRICOS Y NORMATIVOS ORDOLIBERALES.

El objetivo de este apartado es desmitificar la concepción ordoliberal que conjuga armoniosamente los espacios de la libertad individual y el interés general¹, realizando un breve recorrido a las raíces autoritarias del pensamiento ordoliberal que nace y se desarrolla al interno del régimen nacionalsocialista alemán, y enfatizando en su dimensión jurídica constitucional al interno de los distintos ordenamientos jurídicos. Además, este apartado realiza un recorrido en cuanto la proyección global del ordoliberalismo germano como mecanismo de difusión de las relaciones de dominación en el plano internacional, en particular en la fuerte proyección de la Europa comunitarista sobre los países latinoamericanos: *“Sappiamo che lo Stato ordoliberales non è certo un paladino di libertà economica, bensì un biopotere fautore della loro conformazione in chiave mercantile e produttivista. E che a tal fine abbandona la logica conflittuale tipica del liberalismo tradizionale, per assumere una logica*

¹ “El hombre se desenvuelve en la comunidad. Quien se desliga de sus obligaciones ante su prójimo, no hace libre su vida, sino mezquina y solitaria. Así como existen dependencias, que humillan al hombre, también hay lazos que, después de todo, posibilitan que se desenvuelva en la libertad. El derecho garantiza la libertad protegiendo la dignidad personal del hombre. Norma la convivencia ordenada y pacífica de los hombres. Son admisibles las restricciones a la libertad en cuanto sean precisas para la preservación de la libertad. La realización de la libertad requiere de justicia social. Las condiciones bajo las cuales vive el hombre no deben obstaculizar la libertad. Cualquier persona debe tener la oportunidad de una vida autodeterminada. Hay que respetar y proteger el rendimiento y la propiedad. Se han de garantizar los fundamentos materiales de la libertad.”, El programa de bases programáticas, aprobado por la Convención nacional de la Unión Demócrata Cristiana de Alemania (CDU), en Hannover, 3-4 de diciembre de 2007. cit., p.8.

*sistemica cooperativa e funzionalista, cattolica prima, fascista poi, europea comunitaria ora*².

1 BREVES REFERENTES HISTÓRICOS ORDOLIBERALES.

Desde la retórica ordoliberal – expresado sin mayor exactitud como neoliberalismo alemán – se expone que el principio que rige el funcionamiento de la ‘economía social de mercado’ (*Soziale Marktwirtschaft*), es la conjugación de los elementos esenciales del liberalismo clásico y del pensamiento ‘económico humanista *röpkeniano*’ proveniente de la doctrina social de la iglesia católica³, para conformar un orden fundamental económico y social que encuentra en los modelos colectivistas sociales su verdadero antagonista⁴.

La tarea del Estado ordoliberal es, por tanto, la producción de un marco jurídico – *framework* – regulador que permita desarrollar el principio de la competencia funcional, que incluya el más amplio acceso tanto al mercado como a la información relevante, a partir de la transparencia del funcionamiento de los agentes del mercado y de las ‘reglas de la catalaxia’ aplicables al juego del mercado. Adicionalmente, el estado como institución fuerte, debe establecer la estabilidad financiera macroeconómica y garantizar el mecanismo de formación de precios, al mismo tiempo que promover la coordinación y la coherencia entre la cooperación de las fuerzas sociales productivas y el principio

² Somma, Alessandro, *Economia di razza. Dal fascismo alla cittadinanza europea*, cit., p. 140.

³ “15. *La Rerum novarum se opone a la estatalización de los medios de producción, que reduciría a todo ciudadano a una «pieza» en el engranaje de la máquina estatal. Con no menor decisión crítica una concepción del Estado que deja la esfera de la economía totalmente fuera del propio campo de interés y de acción. Existe ciertamente una legítima esfera de autonomía de la actividad económica, donde no debe intervenir el Estado. A éste, sin embargo, le corresponde determinar el marco jurídico dentro del cual se desarrollan las relaciones económicas y salvaguardar así las condiciones fundamentales de una economía libre, que presupone una cierta igualdad entre las partes, no sea que una de ellas supere talmente en poder a la otra que la pueda reducir prácticamente a esclavitud 43.*”, Carta Encíclica del Sumo Pontífice Juan Pablo II, en el Centenario de la *Rerum Novarum*, del 1 de mayo de 1991.

⁴ “Uno de los más graves errores de nuestra época es el de creer que la libertad económica y la sociedad que en ella se basa, difícilmente son compatibles con la posición moral de una actitud estrictamente cristiana. A tan extraña creencia se debe el bien conocido hecho de que una gran parte del clero protestante y católico, tanto en el viejo como en el Nuevo Mundo, se incline fuertemente hacia la izquierda socialista. En vista de las alarmantes consecuencias de esta tendencia, que debilita nuestra resistencia hacia el comunismo (precisamente en el momento más crítico) y que impregna a nuestra sociedad de un vago desasosiego moral, resulta extraordinariamente urgente disipar la confusión intelectual que constituye la raíz del problema. No se ha enfatizado bastante en que esta creencia popular es falsa y que lo cierto es precisamente lo contrario; porque las más poderosas razones para defender la libertad económica y la economía de mercado son precisamente de carácter moral. Los valores morales del verdadero cristianismo exigen la libertad económica y la economía de mercado, y nunca pedirían el sistema económico opuesto: el socialismo. Sin embargo al mismo tiempo es necesario enfatizar que la libertad económica y la economía de mercado exigen esos valores, es decir, se condicionan mutuamente.”, Röpke Wilhelm, *La necesidad moral de la libertad económica*, Revista Espejo, Instituto de Investigaciones Sociales y Económicas, A.C. de México. Disponible en, http://contrapeso.info/2006/libertad_economica/

de la competencia funcional que rige sobre el sistema productivo: La legalidad y el orden social, como expresiones del derecho público jerarquizado según el interés general y el bien común, deben conciliarse funcionalmente desde la retórica ordoliberal con el ideal de la libertad, el ejercicio de la autonomía individual y la defensa de la propiedad privada, como manifestaciones del Derecho privado contractual y su corolario de justicia conmutativa al interno de la sociedad, en tanto y en cuanto, sea funcional al ‘*ordine proprietario*’⁵.

El objetivo de la acción del Estado ordoliberal, con marcada influencia de la moral católica–romana⁶, no es una regulación radical, completa, exhaustiva y súbita del comportamiento individual, sino una acción progresiva, evolutiva y sutil, que filtra ‘objetivamente’ los comportamientos subjetivos individuales para solucionar progresivamente las deficiencias del mercado, que son prioritariamente centrales y en función de las cuales se debe instrumentalizar el comportamiento humano, en particular, a partir de la funcionalización de la libertad económica orientada, oportunamente *de volta in volta*, a la resocialización de la economía, y con ello, evitar ‘*i fallimenti del mercato*’⁷. La justificación teórica y moral de tal instrumentación de las libertades individuales, radica en el convencimiento de que el mercado es la vía más eficiente en la redistribución de las riquezas al interno de la sociedad, de modo que interactuando sobre el sistema jurídico institucional de la sociedad, se modelan interesadamente los comportamientos individuales para conformar un agregado social que se comporte racionalmente – en el sentido productivista de la expresión ‘racional’.

⁵ “*In effetti attualmente il diritto privato dei contratti sta diventando più significativo, grazie al ruolo cruciale che svolge nel pensiero neoliberale. Se i governi cercano di ridurre il ruolo dello Stato, di incoraggiare le soluzioni del mercato ai problemi, di assicurare il benessere sociale, e di usare la disciplina della concorrenza di mercato per migliorare l’efficienza dell’offerta di beni pubblici, i contratti diventano sia uno strumento di commercio che uno strumento politico.*”, Gruppo di studio sulla giustizia sociale nel diritto privato europeo, *Manifesto sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, en, Somma Alessandro, *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*, G. Giappichelli Editore, Torino. 2007. pp. 4 – 5.

⁶ “*La Rerum novarum se opone a la estatalización de los medios de producción, que reduciría a todo ciudadano a una «pieza» en el engranaje de la máquina estatal. Con no menor decisión crítica una concepción del Estado que deja la esfera de la economía totalmente fuera del propio campo de interés y de acción. Existe ciertamente una legítima esfera de autonomía de la actividad económica, donde no debe intervenir el Estado. A éste, sin embargo, le corresponde determinar el marco jurídico dentro del cual se desarrollan las relaciones económicas y salvaguardar así las condiciones fundamentales de una economía libre, que presupone una cierta igualdad entre las partes, no sea que una de ellas supere totalmente en poder a la otra que la pueda reducir prácticamente a esclavitud*”, Centesimus Annus. *Sobre la cuestión social*, Carta Encíclica del Sumo Pontífice Juan Pablo II, en el Centenario de la Rerum Novarum, del 1 de mayo de 1991.

⁷ Somma, Alessandro, *Scienza giuridica, economia e politica nel diritto privato comunitario*, en, Somma Alessandro, *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*, G. Giappichelli Editore, Torino. 2007. p. 232.

1.1 LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO COMO EXPRESIÓN ORDOLIBERAL.

Desde este momento inicial se precisa – para evitar posteriores confusiones terminológicas – que con la derrota del proyecto mundial nacionalsocialista germano, en el año 1945, el pensamiento ordoliberal desarrollado desde la década del 30 del siglo pasado al interno de la política económica nacionalista alemana, fue nuevamente re–propuesto como doctrina económica – constitucional, y modelo de gestión política y social bajo la denominación de ‘economía social de mercado’⁸. Por este motivo a lo largo de la exposición del texto⁹, se emplearán indistintamente ambas expresiones ‘ordoliberalismo’¹⁰ / ‘economía social de mercado’¹¹, pero siempre considerando que a pesar de encontrarse

⁸ “El ordoliberalismo, escribe N. Goldschmidt, es un conjunto de ideas socio-políticas a favor de una sociedad libre y socialmente justa, donde estén fijadas de antemano reglas generales de política económica. Se trata de una concepción decididamente liberal, fundada sobre la libertad individual y la convicción de que los mercados en buen orden de funcionamiento y la competencia conducen a la eficiencia económica y, en consecuencia, al desarrollo (o, en el caso de la Alemania de la segunda posguerra, a la reconstrucción) de la economía, como asimismo al progreso social. Decididamente más críticos de Adam Smith respecto a la confianza en una armonía espontánea que se desprendería necesariamente de la acción de la “mano invisible”, los ordoliberales, tomados también como los autores de la economía social de mercado (*Soziale Marktwirtschaft*), han contribuido en modo sustancial a la evolución de la teoría económica y, en particular, a aquella rama de la economía que se encuentra con el derecho, y del derecho que se encuentra con el análisis económico, habiendo sostenido la idea de que el sistema económico, para expresar lo mejor posible las propias funciones de asignación productiva debería operar de conformidad con una “constitución económica que el Estado mismo crea.”, Flavio, Felice, *La economía social de mercado. Orígenes, relaciones con la DSI e implicaciones actuales*, p. 4. Disponible en, <http://www.institutoaacton.com.ar/articulos/ffelice/artfelice6.pdf>.

⁹ “(...) Se trata del Ordoliberalismo, el cual constituye una escuela de pensamiento jurídico, político y económico de la sociedad que se fundó en la Universidad de Friburgo en la década de 1930. Su importancia radica en que es el fundamento teórico principal del orden económico implementado en la República Federal de Alemania a partir de 1949, conocido como Economía Social de Mercado. Dicha propuesta está fundamentada en los avances logrados dentro de la teoría económica. Asimismo también es altamente práctica, pues representa un intento no dogmático de llevar a la realidad los postulados teóricos en los cuales se halla fundamentada. De ahí que el ordoliberalismo y la economía social de mercado estén íntimamente ligados. Esta es la razón por la cual la investigación abarcará a ambos.”, Lazcano Gutiérrez, Iván, *El ordoliberalismo alemán y la Economía Social de Mercado*. Tesis. Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, UNAM, México. 2008.

¹⁰ Ver las tres subdivisiones realizadas al neoliberalismo germano por Stefan Kolev, el cual paradójicamente ubica al creador de la fórmula economía social de mercado en la consideración de neoliberal *non* ordoliberal: La escuela de Friburgo (Walter Eucken, Franz Böhm), los ordoliberales no friburgianos (Wilhelm Röpke, Alexander Rüstow), y el neoliberalismo no ordoliberal (Alfred Müller Armack). Ver Kolev, Stefan, *Hayek as an Ordo-Liberal*, University of Hamburg/HWWI Wilhelm-Röpke-Institute, Erfurt. 2010. p. 4. Disponible en, http://econ.as.nyu.edu/docs/IO/16664/Kolev_2010Oct25.pdf

¹¹ “As we know, this is the meaning of ordoliberalism, a legal-economic doctrine elaborated during the 1930’s in Germany that served as inspiration for the Nazi regime, later redefined as ‘social market economy’. Since the link between ordoliberalismo and fascism is very controversial, the following will contribute to putting it in a new light and showing that the risk of a new ‘great transformation’ is a high as the level of the so-called de-socialization of the economy: the isolation of the economic sphere from the politic one or, similarly, the reduction of the political discourse to the economic one.”, Somma, Alessandro, *At the roots of European private law: social justice, solidarity and conflict in the proprietary order*, 5.3 – Ordoliberal Biopolitics, cit., p. 200.

indisolublemente ligados en una relación de filiación, son dos fenómenos identificables y abordables por separado. En el desarrollo del texto se asume que ambas expresiones, en su contenido esencial, guardan una análoga extensión y alcance¹². Ambas expresiones responden por igual a la cuestión del ‘camino particular germano’ que tiene su origen histórico en la tardía formación del estado nacional bajo la égida prusiana, y en la separación desde la segunda mitad del siglo XIX, de las corrientes de pensamiento del nacionalismo alemán y del liberalismo ‘occidental’¹³. Nacionalismo alemán con profundo sentido expansionista, productivista, revanchista y antidemocrático, que dio origen a dos guerras mundiales y al surgimiento del complejo fenómeno histórico del nazismo como extrema manifestación social, política y económica del sistema capitalista, contrario al ideal democrático liberal occidental. *“El nazismo es la consecuencia y, a la vez, la expresión de una crisis total de la modernidad. Es producto de la sociedad burguesa y es la protesta organizada de las masas en contra de esa misma sociedad. El nazismo tiene rasgos conservadores y modernos, burgueses y anti burgueses. No hay que perder de vista esa doble faz del nazismo”*¹⁴.

La solución germana a la ‘crisis de la modernidad’ fue un ‘modernismo reaccionario’¹⁵ caracterizado por un Estado *“fondato sull’unità del popolo ma non anche la sulla sovranità del popolo”*¹⁶.

Es importante resaltar, básicamente, que la fórmula publicista de la ‘economía social de mercado’ debía surgir como expresión de un cambio radical y ‘revolucionario’, que esparciese las humeantes cenizas del régimen ‘nacional socialista’ abatido durante el desarrollo de la segunda guerra mundial e

¹² Somma, Alessandro, *L’economia sociale di mercato/3.L’ordoliberalismo al crollo del fascismo*. Rivista quadrimestrale online del Centro Einaudi, 2011, Centro di Ricerca e Documentazione “Luigi Einaudi”, gennaio-aprile, n. 200 online. Disponible en, [www.centroeinaudi.it/centro/bdl.html], p. 1.

¹³ *“En la segunda mitad del siglo XIX, el nacionalismo se separó del liberalismo, lo dividió, y así contribuyó de manera esencial a su decadencia y a su lento sucumbir, puesto que los conservadores se apropiaron del nacionalismo, después de la fundación del imperio de Bismarck, y convirtieron a la nación en algo que tenía valor en sí. De este modo, la nacionalización y la politización de las masas se adelantaron a la liberalización de la sociedad, incluso la obstaculizaron y la reprimieron. La democratización también se quedó rezagada detrás de la industrialización que progresaba rápidamente. Dicho desarrollo asimilado llevó finalmente a un dilema de difícil solución. Después de que a Alemania se le arrebatara la posibilidad de ser potencia mundial, y después de que sucumbiera la monarquía, la liberalización y democratización del estado y de la sociedad se demoraron en llegar, sin embargo, su realización revolucionaria fracasó o se quedó a medio camino.”*, Reichel Petel, *La hermosa apariencia del Tercer Reich*, cit., p. 100.

¹⁴ *Ibidem*, p. 94.

¹⁵ Herf, J., *El modernismo reaccionario*, FCE, México. 1986, p. 48.

¹⁶ Somma, Alessandro, *Economia di razza. Dal fascismo alla cittadinanza europea*, cit., p. 42.

instrumentalmente reducido a la cuestión del Holocausto¹⁷. De ahí la expresión de ‘fórmula publicista’ por cuanto la expresión ‘economía social de mercado’ debía dar la impresión de que los vicios totalitarios del pasado reciente fascista, quedaban definitivamente superados y que era posible construir una nueva y fuerte estatalidad *germana* asentada sobre nuevos presupuestos éticos, que garantizaran a su vez la aceptación, la legitimidad y la ‘unidad nacional’¹⁸ del naciente estado¹⁹.

No obstante, la intención de escapar del totalitarismo del nacional socialismo hitleriano encontró su falso cause de solución en una escuela de pensamiento que se había desarrollado observando la construcción de la crisis y la destrucción del experimento democrático constitucional alemán²⁰ – la

¹⁷ “*Il nazionalismo venne infatti ridotto all’Olocausto, rendendo così possibile l’occultamento dei nessi tra quella soppressione e la riforma delle libertà economiche, e dunque il senso della Grande trasformazione. E consentendo ai molti esponenti ordoliberali che contribuirono alla costruzione dell’economia nazionalsocialista di relegare a uno sfondo offuscato la loro partecipazione alla dittatura, se non addirittura di presentarla come una forma di raffinata opposizione.*”, Somma, Alessandro, *Democrazia economica e Diritto privato. Contributo alla riflessione sui beni comuni*, cit., p. 8.

¹⁸ “*Il compito della nostra generazione quello di innalzare, in tal modo, l’eguaglianza e la libertà oltre la sfera del soddisfacimento dei bisogni essenziali, congiungendole moralmente in una nuova unità.*”, Raiser, Ludwig, *Il compito del diritto privato*, Giuristi Stranieri di Oggi, Giuffrè editore. 1990. p. 29.

¹⁹ “*El fascismo, por lo tanto, fue la forma como se “resolvió” una crisis económica y política particular de las economías capitalistas avanzadas, en las cuales una burguesía de tardía formación frenada en su desarrollo por la reciente y precaria solución de la cuestión nacional y el problema agrario y la morosa formación del mercado tuvo que enfrentarse simultáneamente a la creciente movilización política del proletariado y a la pujanza de las burguesías nacionales de las potencias capitalistas, que ya habían conquistado los mercados exteriores vitales para la prosecución del proceso de acumulación. Por lo tanto, cuando se habla de fascismo se está hablando del imperialismo y de las formas de organización estatal que corresponden a economías capitalistas avanzadas y capaces de sojuzgar pueblos atrasados. El fascismo es incomprensible sin la rivalidad interimperialista que provocó el estallido de la Primera Guerra Mundial.*”, Borón, Atilio A., *Estado, capitalismo y democracia en América Latina*. CLACSO, Buenos Aires, Argentina. 2003. p. 33. Disponible en, <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/estado/prologos.pdf>

²⁰ “*Así, en Alemania, por ejemplo, los votos obtenidos por el partido nazi eran unos 810.000 en 1928, representando apenas el 2,6% del total. Sin embargo, en 1930 –ya con depresión y desocupación en gran escala aquella pequeña suma había subido a 6.400.000 (18,3% sobre el total de votos), para pasar en 1932 a 13.700.000 (37,4%) y a 17.200.000 en 1933 (44% del total de votos). Estas masas pequeño burguesas formaron lo que Guérin correctamente llamó las “tropas” del fascismo, de cuyos rangos habrían de reclutarse los líderes del movimiento y el grueso de la clase “reinante” del nuevo régimen. No obstante, sería incorrecto inferir que el estado fascista vendría a ser lo que ciertos teóricos socialdemócratas denominaron la “dictadura política de la pequeña burguesía” toda vez que esta caracterización le adjudicaría al estado fascista un grado de autonomía en relación a las clases dominantes y en especial a la fracción hegemónica que en realidad jamás tuvo. Tal confusión se funda en la falta de distinción entre clases dominantes propietarias de los medios de producción y las clases reinantes, que son las que ocupan las posiciones públicas y visibles en las “alturas” del aparato estatal. Esta indiferenciación lleva a suponer que la clase reinante en la escena política –la clase política, como la denominara Mosca es necesariamente la misma que constituye la fracción hegemónica dentro de las clases dominantes, un supuesto a todas luces empíricamente insostenible. Resumiendo: el estado fascista se edifica sobre la base de una masiva movilización de la pequeña burguesía, que es “organizada” y encuadrada corporativamente desde arriba, dando origen a un movimiento social de carácter plebeyo, saturado por una vehemente retórica anti-capitalista pero también por un visceral odio hacia el proletariado y las clases populares. El fascismo como movimiento*

fracasada República de Weimar –²¹, que a su vez fue acusada por intelectuales conservadores, entre otras cuestiones, del siguiente modo: “*En ese clima, las fuerzas liberales se mostraron extremadamente débiles en comparación con las tentaciones del estatismo autoritario y de otros movimientos populares todavía embrionarios. Según la opinión de Ernest Nolte, la República de Weimar representó la búsqueda y el fracaso de una solución a la “pregunta fundamental del sistema liberal: cómo podía formarse en la lucha de corrientes opuestas de fe y de pensamiento, cada una de las cuales intentaba poseer el monopolio de la verdad, aquella cooperación que hace posible, ya sea la continuación del desarrollo, ya sea el desenmascaramiento de la fe última como no-verdad”; en definitiva, la regla de oro de cualquier sistema liberal: ¿cómo garantizar el necesario consenso sobre el legítimo disenso?*”²²”.

Se puede considerar entonces que al concluir la Segunda guerra mundial la sociedad alemana se encontraba ante un dilema similar al de principios de la década de los años 30 del siglo XX. Dilema similar pero de signo marcadamente opuesto y de naturaleza distinta: A principios de los años 30 el experimento nacionalsocialista alemán quería diferenciarse de manera notable y resolutiva de la precedente experiencia *weimariana*, constitucionalmente avanzada y considerada por sus opositores como un producto plural del liberalismo democrático y del marxismo²³, tendente a convertir al estado

*de masas se caracteriza por esta incongruencia radical, que revela la tradicional ambigüedad de la naturaleza de clase de la pequeña burguesía y que le impide gestar un proyecto histórico alternativo al de las dos clases fundamentales. Conviene subrayar que este impulso reaccionario de la pequeña burguesía es aprovechado –primero indirectamente, después de manera franca y desembozada– por la burguesía monopolista que manipula el descontento de las capas medias en su lucha por conquistar la hegemonía en el seno del bloque dominante y desplazar a los representantes de las otras fracciones del capital. Vemos entonces que en la fase inaugural del estado fascista confluyen y coinciden objetivamente las respuestas políticas con las que la burguesía y la pequeña burguesía pretenden superar la crisis.”, Borón, Atilio A., *Estado, capitalismo y democracia en América Latina*. cit., p. 34.*

²¹ “ (...) gli ordoliberali tedeschi contribuirono a costruire quel liberalismo autoritario che avrebbe introdotto la svolta totalitaria, portando alle estreme conseguenze le critiche alla democrazia parlamentare come la prospettiva di uno «Stato preda», in balia di poteri oligopolistici e monopolistici. Di qui il senso della ricetta ordolibérale, ovvero il contrasto tra pluralismo come pregiudizievole per la capacità dei pubblici poteri di concepire politiche economiche di sostegno all’equilibrio e allo sviluppo dell’interesse nazionale capitalistico. Gli ordoliberali volevano cioè una transizione dallo «Stato semplice mediatore di conflitti» allo «Stato economico nazionale». E per fare questo intendevano per un verso combattere il pluralismo inteso come concentrazione di potere in danno all’ordine, e per un altro riscoprire valori premoderni indispensabili a produrre l’inclusione nell’ordine.”, Somma, Alessandro, *Democrazia economica e Diritto privato. Contributo alla riflessione sui beni comuni*, cit., p. 6.

²² Felice, Flavio, *La economía social de mercado. Orígenes, relaciones con la DSI e implicaciones actuales*, cit., p. 4,

²³ “El capitalismo posmoderno se ha devorado los productos de la modernidad novecentista, y junto con el relato y la utopía también se ha producido la muerte de uno de sus hijos predilectos: el marxismo. La crítica parece en principio razonable, aun cuando mueva a sospechas el hecho de que la misma acusación no se descargue sobre el paradigma liberal: Adam Smith publica *La riqueza de las naciones* en 1776, mientras que *La ideología alemana* fue redactada entre 1845 y 1846, y publicada casi un siglo después por circunstancias que todos conocemos. No deja de sorprender que

en un ‘observador pasivo’ de los conflictos entre particularismos²⁴. Por su parte, al finalizar la Segunda guerra mundial y producirse un cambio general en la relación de fuerzas – nacionales e internacionales –, se hacía necesario ‘nuevamente’ construir una nueva estatalidad alemana con visos democráticos, alejada del precedente nacionalsocialista. Una ‘nueva’ estatalidad germana que evitara tanto los excesos del totalitarismo nazi en el plano racial, como los susodichos vicios democráticos y participativos de la democracia parlamentaria *weimariana* en el plano político²⁵. Se trataba entonces de encontrar una ‘fórmula liberadora de tercera vía’ que rechazase toda forma de colectivismo económico y tuviese en cuenta los elementos necesarios de ‘las formas’ del liberalismo político occidental, que a su vez conservase ‘los contenidos’ suficientes y renovados del liberalismo económico, y que por demás considerase las máximas morales de la iglesia católica orientadas a resolver la ‘cuestión social’²⁶ como vía de pacificación, de estabilidad y de legitimación del Estado naciente²⁷. Se requería

muchos de los que cuestionan ardorosamente al marxismo por sus anacronismos adhieran simultáneamente a una teoría caracterizada por su escandalosa idolatría de los mercados, eternamente equilibrados gracias a la sabiduría de una "mano invisible"”. Borón, Atilio A., Estado, capitalismo y democracia en América Latina. cit., p. 215.

²⁴ Somma, Alessandro, *Economia di razza. Dal fascismo alla cittadinanza europea*, cit., p. 96.

²⁵ “En este caso, los padres de la constitución de Bonn de 1949 son los demócratas cristianos, con la clara influencia de los ordoliberalistas. Por lo tanto, gracias a ello, y aunado a los efectos perniciosos de la anterior constitución que permitieron en su peor momento la ascensión de Hitler al poder, se hacía evidente la necesidad de jugar bajo nuevas reglas.”; Lazcano Gutiérrez, Iván, *El ordoliberalismo alemán y la Economía Social de Mercado*. cit., p.107.

²⁶ “c) principio direttivo dell'economia: 89. Un'altra cosa ancora si deve procurare, che è molto connessa con la precedente. A quel modo cioè che l'unità della società umana non può fondarsi nella opposizione di classe, così il retto ordine dell'economia non può essere abbandonato alla libera concorrenza delle forze. Da questo capo anzi, come da fonte avvelenata, sono derivati tutti gli errori della scienza economica individualistica, la quale dimenticando o ignorando che l'economia ha un suo carattere sociale, non meno che morale, ritenne che l'autorità pubblica la dovesse stimare e lasciare assolutamente libera a sé, come quella che nel mercato o libera concorrenza doveva trovare il suo principio direttivo o timone proprio, secondo cui si sarebbe diretta molto più perfettamente che per qualsiasi intelligenza creata. Se non che la libera concorrenza, quantunque sia cosa equa certamente e utile se contenuta nei limiti bene determinati, non può essere in alcun modo il timone dell'economia, il che è dimostrato anche troppo dall'esperienza, quando furono applicate nella pratica le norme dello spirito individualistico. È dunque al tutto necessario che l'economia torni a regolarsi secondo un vero ed efficace suo principio direttivo. Ma tale ufficio molto meno può essere preso da quella supremazia economica, che in questi ultimi tempi è andata sostituendosi alla libera concorrenza, poiché, essendo essa una forza cieca e una energia violenta, per diventare utile agli uomini ha bisogno di essere sapientemente frenata e guidata. Si devono quindi ricercare più alti e più nobili principi da cui questa egemonia possa essere vigorosamente e totalmente governata: e tali sono la giustizia e la carità sociali. Perciò è necessario che alla giustizia sociale si ispirino le istituzioni dei popoli, anzi di tutta la vita della società, e più ancora è necessario che questa giustizia sia davvero efficace, ossia costituisca un ordine giuridico e sociale a cui l'economia tutta si conformi. La carità sociale poi deve essere come l'anima di questo ordine, alla cui tutela e rivendicazione efficace deve attendere l'autorità pubblica, e lo potrà fare tanto più facilmente se si sbrigherà da quei pesi che non le sono propri, come abbiamo sopra dichiarato. Che, anzi, conviene che le varie nazioni, unendo propositi e forze insieme, giacché nel campo economico stanno in mutua dipendenza e debbono aiutarsi a vicenda, si sforzino di promuovere con sagge convenzioni e istituzioni una felice cooperazione di economia internazionale. “, Lettera enciclica QUADRAGESIMO ANNO DEL SOMMO PONTEFICE PIO XI, cit. p. 25

la construcción de un ‘estado activo y fuerte’, capaz de actuar en el ‘orden económico’ (*Wirtschaftsordnung*), reconduciendo la suma, la diversidad y la totalidad de los intereses individuales a la unidad de los intereses generales y superiores de la nación. Se requería un modelo de gestión social ordenada y gradual, un modelo de gestión capitalista próximo a la consideración de un ‘fascismo débil’²⁸, lo suficientemente fuerte como para llevar adelante las tareas de desmilitarización, de desnazificación y de organizar la ‘planificación’ de toda la sociedad bajo la denominación de la ‘economía social de mercado’: “*Non sembrano invece mutare i termini del compromesso fascista tra tensioni individualiste e tensioni organiciste. Per questo la ricostruzione di un modello debole di fascismo costituisce un contributo non trascurabile alla comprensione dello stato attuale delle società occidentali*”²⁹.”

De modo que la ‘cuestión alemana’, irónicamente, luego de la debacle del nazismo en la ‘segunda guerra de los 30 años’³⁰, encontró su posible cauce de solución en la corriente de pensamiento nacida en el contexto de la derrota de la experiencia parlamentaria democrática de la república de WEIMAR. La respuesta ordoliberal a la ‘crisis de la modernidad capitalista alemana’ se re–propuso en forma de un ‘modernismo reaccionario y social’ para la construcción de una República Federal Alemana, post

²⁷ “Y porque tengo un concepto claro acerca del hombre como la imagen de Dios, resultando pecaminoso utilizar su persona como medio; porque estoy convencido de que cada hombre tiene un valor único por su relación con Dios, pero no ese Dios del híbrido humanismo ateo; por toda estas razones yo desconfío totalmente de cualquier clase de colectivismo. Partiendo de estas convicciones enraizadas en la experiencia y en los testimonios históricos, llegué a la conclusión de que solo la economía libre puede estar de acuerdo con la libertad del hombre y con la estructura política y social que salvaguarda. Fuera de este sistema económico de libertad no veo ninguna oportunidad para que pueda continuar la existencia humana dentro del marco de las tradiciones filosóficas y religiosas de Occidente.”, Röpke Wilhelm, *La necesidad moral de la libertad económica*, cit.

²⁸ “(...) el fascismo fue la respuesta de la burguesía monopólica a las contradicciones que estaban desgarrando la estructura social de los capitalismo que “llegaron tarde” a la constitución de una economía imperialista de alcance mundial. La caracterización básica del imperialismo, tal como fuera realizada por Lenin en 1916, identificaba cinco rasgos esenciales de la etapa imperialista del capitalismo: a) la concentración de la producción y el capital, la creación de los monopolios y la progresiva desaparición del mercado competitivo, b) la fusión del capital bancario con el industrial y la aparición del capital financiero, c) la exportación de capitales y la búsqueda de nuevas posibilidades de inversión, d) la formación de asociaciones internacionales monopolistas de capitalistas que se reparten el mundo, e) la terminación del reparto territorial del mundo entre las potencias capitalistas más importantes, con el objeto de adueñarse de mercados externos y asegurarse el suministro de materias primas.”, Borón, Atilio A., *Estado, capitalismo y democracia en América Latina*. cit., p. 32.

²⁹ Somma, Alessandro, *Economia di razza. Dal fascismo alla cittadinanza europea*, cit., p. 118.

³⁰ Wehler, Hans Ulrich, *La “protocatástrofe del siglo XX”. La primera guerra mundial como punto inicial y modelo de la segunda guerra mundial*, en, *Alemania en el Siglo XX*. Universidad de los Andes, Facultad de ciencias sociales, Bogotá, DC Colombia. 2009, p. 7.

fascista³¹ y post clásica, propia de un ‘capitalismo neoconservador’ o de un ‘liberalismo estatista’ en términos de LAZCANO³².

La pregunta que queda suspendida es: ¿Por cuánto tiempo es posible superar un totalitarismo por otro³³? La hipotética respuesta pudiera estar determinada por las condiciones y exigencias exógenas del contexto internacional, por cuanto al interno de la sociedad germana subsisten y bullen suficientes y potenciales condiciones culturales endógenas que hacen presagiar un retorno a la tendencia autoritaria. De alguna manera la actual crisis política e institucional, en la zona meridional europea – Grecia, España e Italia –, pone de manifiesto el carácter ejecutivamente autoritario de la política exterior contemporánea del gobierno alemán y del eje estratégico comunitario Berlín – París.

El autor individual de la denominación de esta ‘fórmula liberadora’ y concepción, fue el sociólogo y economista alemán Alfred Müller ARMACK – *with a difficult past in the Nazi time* –³⁴, y para ello contó con la sustancial labor intelectual y colectiva del nicho del pensamiento ordoliberal de la escuela de Friburgo, cuyos postulados han calado profundamente tanto en la redefinición de la sociedad alemana, como en el origen y la definitiva constitución de la Unión Europea asentada sobre los

³¹ “Obviamente, ningún teórico que pueda considerarse serio ha afirmado nunca que la república Federal es un estado fascista, pero justamente sí era un estado postfascista, con un capitalismo conservador y, con ello, un estado que debía estimular a que lo transformaran en una intención antifascista. Con ello se eleva la historia reciente de la república Federal a ser una historia que, por su parte, necesitaría ser superada, a ser una “historia olvidada”, y más aún, a ser la historia de las “oportunidades perdidas”. Si hubiera sido posible convencer de eso a la burguesía en la república Federal de Alemania, ésta se hubiera visto con ello privada de aquella autosensibilidad política que había surgido paulatinamente de su asentamiento fundamental a esta república, incluso de su historia.”, Lübbe, H., *Nada se ha olvidado, pero se ha curado tal cual herida*, en, *Alemania en el Siglo XX*. Universidad de los Andes, Facultad de ciencias sociales, Bogotá, DC Colombia. 2009, p. 261.

³² Lazcano Gutiérrez, Iván, *El ordoliberalismo alemán y la Economía Social de Mercado*. cit., p.1.

³³ Flavio Felice sostiene una opinión contraria, al considerar que el término ‘orden’ no responde a una idea ‘autoritaria’ de la sociedad. El prefiere referirse empleando el término de ‘coordinación de las libertades individuales’: “Lejana de la acepción autoritaria del término, el “orden” para los “ordoliberales” remitía a la noción de coordinación en el plano individual, una coordinación centrada en la actividad económica al interior de un cuadro de reglas de juego generales y de rechazo de la subordinación de la actividad económica a una autoridad central. Estas son las razones por las cuales consideramos con Vanberg que los fundadores de la Escuela de Friburgo han enfatizado el rol de las reglas de juego, en cuanto medio principal para intentar poner en funcionamiento una política económica capaz de mejorar la economía, es decir, poner en funcionamiento “instituciones económicas correctas”. Para nuestros autores, la combinación del derecho y del análisis económico representa un prerrequisito para la realización de aquello que ellos mismos han llamado economía social de mercado. Es decir, la elaboración de una constitución económica que intente mejorar el sistema económico de manera indirecta, reestructurando las reglas de juego, en clara contraposición a una política intervencionista.”, Flavio, F., *La economía social de mercado. Orígenes, relaciones con la DSI e implicaciones actuales*, p. 5. Disponible en, <http://www.institutoacton.com.ar/articulos/ffelice/artfelice6.pdf>

³⁴ Kolev, Stefan, *Hayek as an Ordo-Liberal*, cit., p. 3.

presupuestos de la ‘sociedad privada’ descrita por BÖHM. La expresión de la ‘economía social de mercado’ en cuestión, es deudora de otras tantas frases avenidas en un contexto cultural e histórico convulso, urgido siempre de un intento de conciliación social. Entre las frases y las denominaciones cercanas que se han manejado históricamente, con menos éxito y publicidad, pudieran citarse: el capitalismo social de Werner SOMBART a finales del siglo XIX; el socialismo liberal de OPPENHEIMER a inicios del siglo XX; y la ‘economía de mercado gubernamentalmente controlada’ y la ‘economía de mercado controlada’, propias del contexto alemán luego de la derrota del nazismo.

La teorización de la ‘economía social de mercado’ como modelo sociopolítico, fue llevado a cabo gracias a los estudios de Alfred Müller – ARMACK, en especial en su obra Dirección Económica y Economía de Mercado, publicada en el año 1946. La economía social de mercado encontró sustancial sustento, además de la obra de Müller – ARMACK, en los integrantes de la escuela de Friburgo de Economía y Derecho, en especial: Walter EUCKEN reconocido como el padre intelectual del ordoliberalismo, Leonhard MIKSCH, Franz BÖHM, Wilhelm RÖPKE, Alexander RÜSTOW y Ludwig ERHARD, este último como representante de la escuela de Múnich y uno de sus principales promotores políticos y publicitario³⁵. Un estudio de las biografías de los principales exponentes del ordoliberalismo permite establecer una línea académica, que partiendo de SCHUMACKER y de Franz OPPENHEIMER nos lleva a la dirección de las tesis de doctorado de Walter EUCKEN y Ludwig ERHARD. Así mismo, existe una relación directa entre Oppenheimer y Wilhelm RÖPKE, y entre Schumacker y Werner SOMBART y Max WEBER; y de estos dos últimos a los trabajos de Alfred Müller – ARMACK³⁶. Toda esta relación biográfica de las experiencias personales que determina sobre las identidades individuales de los diversos autores, pone en evidencia que a pesar de que existe una convergencia natural en sus postulados, sus orígenes no se circunscriben solo a la Escuela de Friburgo.

³⁵ “De acuerdo con Nils Goldschmidt, la cuestión del origen del término *Soziale Marktwirtschaft* es algo que no está necesariamente establecido. Pero lo que no está en duda es la primera vez que se utilizó en alguna publicación. Alfred Müller-Armack fue quien usó el término por primera vez al titular así a la segunda parte de su libro *Wirtschaftslenkung und Marktwirtschaft* (Economía planificada y economía de mercado) publicado en diciembre de 1946. No obstante, como apunta Goldschmidt, las raíces históricas de aquella expresión en aquel entonces permanecían poco claras. Cabe precisar que el término fue popularizado como slogan de campaña política, ya que constituía un componente de las directrices de acción del partido de la Unión Democrática Cristiana de 1949. Se trataba del programa seleccionado para la primera campaña de elecciones del Bundestag de la República Federal Alemana. En este sentido, Andreas Bohmler concuerda con esta descripción, separando de manera clara al padre del término, es decir quién lo acuñó: Müller-Armack, de su aplicación como slogan de un programa político por parte de Ludwig Erhard.”, Lazcano Gutiérrez, Iván, *El ordoliberalismo alemán y la Economía Social de Mercado*. cit., pp. 12 y ss.

³⁶ Ver, la excelente reconstrucción que realiza la tesis de grado de Lazcano Gutiérrez, Iván, *El ordoliberalismo alemán y la Economía Social de Mercado*. cit., p.26.

1.2 APUNTES SOBRE LA TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA.

Según una particular forma de iluminar el objeto de estudio en cuestión, la teoría del pensamiento ordoliberal puede ser concebida como una ‘teoría de la constitución económica’, como una teoría del ‘*ordine*’ económico que expresa la peculiar perspectiva *tedesca* del ‘pensamiento neoliberal’ acerca de cómo debe funcionar la sociedad en su conjunto. La teoría ordoliberal de la constitución económica sería el presupuesto base sobre el cual se estructura la organización de toda la sociedad – el mercado constitucional –³⁷. En palabras del mentor del modelo de la ‘economía social de mercado’ encargado en una primera etapa de su implementación como Ministro de economía y luego directamente como Canciller federal, Ludwig ERHARD³⁸, lo expuso a través de una fórmula muy sencilla: “*La libertad debe conjugarse con el orden. ... un orden sin libertad lleva a la coacción y una libertad sin orden amenaza con degenerarse rápidamente y convertirse en un caos*³⁹.”

El ‘orden’ y la ‘planificación’ germana han estado presentes en los últimos 60 años de democracia parlamentaria occidental en Alemania, como principios reformadores que rigen integralmente el funcionamiento de la sociedad como un ‘todo único’ y expresan la ‘flexibilidad’ – por no decir la vacuidad o vaciedad – de la fórmula de la economía social de mercado: “*Planificación: esto hace pensar en diseño y conformación del futuro, mas no en forma de utopía ni de consumación histórica*

³⁷ “*La intensidad de la constitucionalización de los procesos económicos se diferencia en el espacio y el tiempo, en las distintas naciones a lo largo de tiempo e incluso la amplitud varía en el mismo Estado constitucional, así, por ejemplo, Francia osciló entre la economía de planificación y socialización, y la economía de mercado y la privatización, como mostraron las presidencias de Ch. de Gaulle y F. Mitterrand. Al mismo tiempo, todo esto se realiza desde la base y el marco de una Constitución que aprovecha las fuerzas del mercado y sus logros: en todo caso, bajo la luz de la comprensión constitucional aquí defendida. Según ésta, la Constitución es “el orden jurídico fundamental” del Estado y la Sociedad, no sólo limita y racionaliza los procesos económicos, sino que los constituye.*”, Häberle, Peter, *Siete tesis para una teoría constitucional del Mercado*, cit., p. 14.

³⁸ “*Por elección del bloque de partidos que conformaron el CDU-CSU y el Liberal se optó por la economía de mercado, bloqueando así el programa de centralización del SPD. Esta nueva orientación programática se materializó principalmente por medio de dos leyes. La primera trató sobre la reforma monetaria del 20 de junio de 1948 la que posteriormente instituiría el marco alemán. Su principal objetivo era el restablecimiento de la salud económica, que no era otra cosa que la reducción de la inflación así como el pago de las deudas que dejó el régimen nazi. La otra ley, sin la cual la primera funcionaría de manera incompleta o poco satisfactoria, se refiere a la liberalización de los precios y medios de producción. Aquí es importante destacar que la aprobación de esta ley sin la concertación de los países aliados, sólo fue posible gracias a los esfuerzos del posterior Ministro de economía y figura clave de la economía social de mercado: Ludwig Erhard.*”, Lazcano Gutiérrez, Iván, *El ordoliberalismo alemán y la Economía Social de Mercado*. cit., p.5.

³⁹ Cátedra Economía Social de Mercado, Año 1, Economía Social de Mercado, serie 1, Universidad Rafael Landívar y Konrad Adenauer Stiftung. Disponible en, <http://www.scribd.com/doc/37387780/Serie-1-Economia-Social-de-Mercado>.

de procesos. Mucho más, se encuentra en la planificación la idea de la factibilidad técnica de futuro y [de la] sociedad como punto central; es una parte del “pensamiento de ingeniero”, del modelo de manejo social. La totalidad de la sociedad alemana del oeste debería ser políticamente controlada y timoneada preferiblemente en forma central, desde la cancillería en Bonn. (...) en este sentido, se encontraba frente a la meta de la emancipación y liberación de la sociedad, la meta de su control técnico-administrativo, en todo caso, la capacidad de dominarla. La idea de planificación tenía ya en ese momento una larga historia desde la Unión soviética estalinista hasta el “new deal” americano y la “planification” francesa, lo cual deja al descubierto la ambigüedad de este concepto. Alrededor de 1970 llegó a su punto máximo el pensamiento de planificación en la república Federal: para todo había al menos un “marco de planificación”, desde las universidades, pasando por la política financiera, hasta la estructura del paisaje y los asentamientos. Las reformas perseguían en este aspecto la meta de llegar a dominar una modernidad incontrolada. (...) La pretensión de racionalización cubría este concepto en todos sus campos; se trataba entonces también de hacer a la sociedad “más racional”, en un sentido moral. Sin embargo, no es erróneo decir que en la mayoría de los casos la exigencia técnica de eficiencia se abrió paso hasta quedar en primer plano; al fin y al cabo, era posible hacerla operativa más sencilla y concretamente en la planificación”⁴⁰.

La obra de Ludwig ERHARD siempre estuvo marcada por la enseñanza de su tutor, sociólogo y economista OPPENHEIMER, que a partir de la concepción matriz de un ‘socialismo liberal’ *oppenheimerniano* y la búsqueda de una *tercera vía*, trasladó la cuestión de la atención social a su concepto de ‘liberalismo social’ *erhardiano*, contribuyendo significativamente al origen y consolidación de la corriente de pensamiento ordoliberal, y a la sustentación teórica de la fórmula ‘economía social de mercado’, como solución pragmática liberista de la *terza via tedesca*⁴¹.

En el pensamiento ordoliberal *tedesco*, tanto la cuestión del ‘*ordine*’ como la cuestión ‘corporativa’ devienen en una cuestión normativa de matriz cultural y de imposición legal⁴², y de relación de

⁴⁰ Nolte, Paul, *La última euforia de la modernidad. La época de la reforma de la República Federal en los años 60 y 70*, en, *Alemania en el Siglo XX*. Universidad de los Andes, Facultad de ciencias sociales, Bogotá, DC Colombia. 2009, p. 154.

⁴¹ Ver Croce, Benedetto, *Liberismo e Liberalismo*, Milano, Aedphi Edizioni, 1993.

⁴² “*Las recurrentes se sienten agraviadas por la obligación –impuesta legalmente– de pertenecer a una corporación de derecho público, cuya necesidad discuten. (...) Algo distinto sucede cuando el Estado –con fundamento en el interés general – decide establecer mediante ley una corporación de derecho público, como asociación de personas, a la cual debe pertenecer un determinado círculo de ciudadanos para el adecuado cumplimiento de sus funciones. Ciertamente el Estado no puede hacer esto en forma ilimitada. Una ley así debe pertenecer al “ordenamiento constitucional”, esto es, debe ser plenamente compatible con la Ley Fundamental, tanto en sentido formal como material (BVerfGE 6, 32 [36 y*

comprometido equilibrio entre la libertad individual y la responsabilidad colectiva en la búsqueda del ‘bien común’, a través de la cual el Estado gestiona un sistema de reglas que comprende acciones y transacciones, y que en su condición de ‘robusto árbitro’ puede constreñir legítimamente las opciones de libertad y de acción individuales disponibles al interno de la respectiva estructura social, en virtud de los finalistas intereses orgánicos de la sociedad general ⁴³.

Este concepto de ‘orden ordoliberal’ es diverso de aquel clásico postulado por la escuela austriaca y en virtud del cual FRIEDRICH AUGUST VON HAYEK ‘III’⁴⁴ estableció un modelo ‘clásico’ de acciones y de transacciones espontáneas de interacciones humanas no planificadas y libres de orientación, carentes de un bien público, de un interés general o de un objetivo determinado por alguna autoridad superior y soberana. Efectivamente el modelo ‘clásico’ *hayekiano* de acciones y de transacciones espontáneas en las interacciones humanas, es el resultado de una combinación propia de la multiplicidad de las opciones humanas disponibles, y como consecuencia de la aplicación del principio tradicional del *laissez faire* al interno de un contexto social definido – el orden social *hayekiano* viene definido como el resultado de la acción humana, pero independiente de su voluntad, en el cual las instituciones de la

ss., especialmente 41]). A esto pertenece también el que deba satisfacer los requerimientos del Estado de Derecho, que conlleva el principio de proporcionalidad de las intervenciones estatales. En el contexto que aquí se analiza esto significa que el legislador, en vista de la presunción de una libertad básica consagrada en el Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental y de la prevalencia de la libertad de asociación que se origina en el Art. 9, párrafo 1 de la Ley Fundamental, debe examinar cuidadosamente la necesidad de establecer una corporación de derecho público de este tipo. El individuo tiene, con base en el Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental, el derecho a no ser obligado a pertenecer a corporaciones “innecesarias” (BVerfGE 10, 89 [99]).”, Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe. Sentencia BVerfGE 38, 281 [Gremios de trabajadores]. cit., p. 103.

⁴³ “Por otro lado, el mismo Croce reconoce que justamente en Alemania, donde la teoría de la libertad fue objeto de “grandiosos sistemas filosóficos”, el liberalismo no lograba imponerse como praxis política, al punto que no faltan estudiosos que hagan notar como el liberalismo alemán ha sido cargado por la historiografía francesa, anglosajona y también alemana, con la culpa de todos los males de la historia patria. Escribe Croce al respecto que “la escasa y poco fidedigna tradición de libertad en la vida alemana, la poca vivencia del sentimiento de la misma y la disposición a la sujeción, mantenían aplastada a la sociedad bajo la idea del Estado, una suerte de abstracción personificada con atributos y actitudes de nombre judío.”, Felice, Flavio, La economía social de mercado. Orígenes, relaciones con la DSI e implicaciones actuales, p. 2, Disponible en, <http://www.institutoaacton.com.ar/articulos/ffelice/artfelice6.pdf>.

⁴⁴ Se hace referencia al ‘tercer Hayek’ como filósofo evolucionista, a diferencia de un ‘primero’ centrado en el estudio de los ciclos económicos, y un ‘segundo Hayek’, ubicado entre el 1930 y el 1940, visto como filósofo ordoliberal. Ver, Kolev, Stefan, *Hayek as an Ordo-Liberal*, cit., p. 2. Ver también la opinión del profesor Monateri: “Un tale approccio modifica l’impostazione liberale classica, e va infatti sotto l’etichetta, finora poco conosciuta in Italia, ma già dominante in Germania, di ordo-liberalismo, come utilizzo dei poteri centrali a favore del mercato, qualcosa che non rientra nello schema classici di Hayek. Si tratta quindi di una profonda revisione sia dell’approccio politico liberale, sia dell’approccio scientifico standard alla comparazione giuridica.”, Monateri, Per Giuseppe, *Globalizzazione e diritto europeo dei contratti*, en, Somma Alessandro, *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*, G. Giappichelli Editore, Torino. 2007. p. 177.

sociedad son la consecuencia directa de la eliminación de los menos efectivos como resultado de una reconciliación de los intereses divergentes –. En esta cuestión radica la principal diferencia de grados entre el ordoliberalismo *tedesco* y aquel neoliberalismo con *sino* austríaco–estadounidense, por cuanto el pensamiento ordoliberal hace emerger la relevancia de un pragmático constructivismo racional que se manifiesta a través de un marco jurídico constitucional – institucional, denominado ‘*costituzione economica*’, en el cual el papel del Estado es fundamental para garantizar *il ordine* y el resultado de los procesos del mercado a través del *rectius dell’ordinamento giuridico*, que ha de garantizar el correcto funcionamiento del mecanismo de precios y las condiciones mínimas de existencia humana, propias de mecanismos de gestión biopolítica de la sociedad⁴⁵.

“*La intervención del Estado sólo es adecuada cuando fracasan los mecanismos de mercado y se hace necesario asegurar un nivel social mínimo, dado que, de lo contrario, el mecanismo de precios no puede cumplir con su función de señal y canalización, con la consecuencia de ineficiencias en el sistema*”⁴⁶. Resultado finalista del ordoliberalismo orientado a garantizar un nivel social mínimo y condiciones mínimas individuales de existencia humana, propias del pensamiento ‘económico humanista *röpkeano*’ que informa el pensamiento ordoliberal, y que potencialmente pueden diferir de lo que debe entenderse por condiciones de vida y de existencia dignas.

El problema fundamental que se plantea resolver la escuela de Friburgo es garantizar el adecuado y el estable funcionamiento del orden de la competencia del mercado como mecanismo de organización y de resolución social. Y paralelamente la obtención de resultados ‘óptimos’ en términos de productividad y de eficiencia, que garanticen la estabilidad nacional y la satisfacción mínima individual. Para ello el poder público estatal se debe transformar en un *meccanismo imprescindibile* que establezca el adecuado contorno jurídico institucional, que incluya por supuesto las reglas y las limitaciones de la intervención del estado en las ‘formas’ de la esfera económica⁴⁷, según el respeto al

⁴⁵ Somma, Alessandro, *Scienza giuridica, economia e politica nel diritto privato comunitario*, cit., p. 233.

⁴⁶ Dominik, H. Ernste, *Una perspectiva ordoliberal de la Economía Social de Mercado. Basado en los “Principios de política económica” de Walter Eucken.*, Economía Social de Mercado, Diálogo Político, Revista trimestral No. 1, marzo 2009. Argentina. p. 63. Disponible en, <http://www.kas.de/argentinien/es/publications/16719/>

⁴⁷ “*La economía social de mercado es un orden de competencia. La política en la economía social de mercado es política de ordenamiento, abre a las empresas espacios de libertad que fomentan el rendimiento y crea una amplia oferta de bienes y servicios para la población. Posibilita a cada persona involucrarse con responsabilidad propia en el mercado. Presupone un Estado capaz de actuar, que garantiza las condiciones de competencia. Forman parte de ellas la libertad profesional y contractual, la protección ante barreras de mercado y la protección ante el abuso de poder por empresas que dominan el mercado y facilita la transparencia del mercado. En la economía social de mercado la protección de la propiedad es la condición para que ésta sea útil para el común de las personas y así corresponde a su obligación*

tradicional Estado de derecho y a la protección de los intereses privados de origen liberal⁴⁸. Se trata, según palabras de VANBERG, de un ‘liberalismo constitucional’, en el cual EUCKEN incorporó la noción del Estado ordoliberal ocupado en la ‘planificación de las formas económicas’ y en la interpretación del mercado como ‘orden constitucional’; a diferencia del ‘mercado sin interferencias’ del pensamiento *misiano*⁴⁹ – Von MISES –⁵⁰, que peyorativamente denominaba al ordoliberalismo como *ordo-interventionism*⁵¹. Esta última cuestión, por la irresoluble acumulación del diferendo entre ordoliberales y neoliberales, será posteriormente crucial en la escisión liberal ocurrida en el año 1961 al interno de la Sociedad de *Mont Pèlerin*.

Valga resaltar este punto anterior, por cuanto la ‘intervención’ del Estado ordoliberal con una fuerte influencia católica, no se orienta hacia un proceso de resocialización del mercado o de promoción de una tendencia de justicia distributiva, sino que sólo se proyecta legítimamente, en tanto y en cuanto, la ‘intervención’ – la intervención como regulación del marco de los procesos del mercado – del Estado ordoliberal encuentre su límite en la necesidad de corregir el funcionamiento de la competencia como

social.”, El programa de bases programáticas, aprobado por la Convención nacional de la Unión Demócrata Cristiana de Alemania (CDU), en Hannover, 3-4 de diciembre de 2007. cit., p.32.

⁴⁸ “El problema [de la economía] no se resolverá por sí mismo, dejando simplemente que el sistema económico se desarrolle espontáneamente. La historia del siglo [XIX] lo ha demostrado sin dudas. El sistema económico debe ser pensado y construido deliberadamente. Las cuestiones relativas a la política económica, la política comercial, el crédito, la protección contra los monopolios, la política fiscal, el derecho societario o el derecho de quiebras, constituyen los diferentes aspectos de un único gran problema, que consiste en saber cómo se deben establecer las reglas de la economía tomada como un todo, a nivel nacional e internacional. Vanberg puntualiza que se trata de una visión político-económica que no tiene nada que ver con la planificación económica centralizada o con una política estatal intervencionista, por la simple razón de que el rol del Estado en la economía social de mercado no es simplemente el de un “guardián nocturno”, típico del liberalismo del *laisser-faire*, sino más bien el de un “Estado fuerte” que se preocupa de contrarrestar los ataques contra el funcionamiento del mercado por parte de los monopolios y de los cazadores de rentas. Escribe Eucken al respecto: “¿Cuál es, entonces, la naturaleza de la actividad del Estado? Y bien, la respuesta es que el Estado debe intervenir sobre las formas de la economía, pero sin dirigir él mismo los procesos económicos [...]. Por lo tanto, sí a la planificación de las formas, no a la planificación y al control del proceso económico. Es esencial tener clara la diferencia entre forma y proceso, y operar en consecuencia.”, Felice, Flavio, *La economía social de mercado. Orígenes, relaciones con la DSI e implicaciones actuales*, p. 4, Disponible en, <http://www.institutoacton.com.ar/articulos/ffelice/artfelice6.pdf>.

⁴⁹ Vanberg, Viktor J., *Mercados y Regulación. El contraste entre el liberalismo de libre mercado y el liberalismo constitucional*, Traducción de Pablo Larrañaga, p. 80. Disponible en, http://www.lluisvives.com/servlet/SirveObras/public/01372764235795943200024/isonomia17/isonomia17_04.pdf

⁵⁰ Mises, Ludwig von, *El socialismo. Análisis económico y sociológico*, México, Hermes, 1961.

⁵¹ Kolev, Stefan, *Hayek as an Ordo-Liberal*, cit., p. 19.

condición *sine qua non* se puede garantizar la realización del ‘libre’ mercado⁵², y por ende las mejores condiciones de autorealización personal en la sociedad⁵³. En este sentido, en el manifiesto inicial del primer número de la revista ORDO, los padres fundadores del ordoliberalismo acentuaron la importancia del principio de la competencia liberal, y lo hicieron del siguiente modo: “*Aquello que intentamos crear es un orden económico y social que garantice, al mismo tiempo, el buen funcionamiento de la actividad económica y condiciones de vida decentes y humanas. Estamos a favor de la economía de competencia dado que ella permite alcanzar estos objetivos. Y se puede también decir que este objetivo no puede ser obtenido de otra manera. La competencia es un medio, y no un fin en sí misma*”⁵⁴. En definitiva, la cuestión esencial de los padres fundadores del pensamiento ordoliberal no era precisamente desarrollar un programa de investigación académica, sino establecer criterios prácticos que contribuyesen al funcionamiento ordenado de la sociedad.

La visión organicista de la sociedad en el pensamiento ordoliberal tiene su esencia en aceptar que el *ordine* económico es un orden ‘parcial’, necesariamente *inter* vinculado, insertado en un marco institucional y condicionado a interactuar con el resto de los *ordines* sociales sin que se le reconozca expresamente, por separado, ningún primado absoluto unilateral a alguno de los órdenes político, económico o jurídico – teorema de la interdependencia de los órdenes –⁵⁵. De modo que la intensidad

⁵² “*La prioridad relativa de la política por sobre la economía no significa que la igualdad de voto de los ciudadanos deba plasmarse en el ámbito económico en iguales ingresos. Antes bien, radica en el interés de todos de permitir que haya diferencias en los ingresos porque de los incentivos para una mayor productividad también se benefician personas en el extremo inferior de la distribución de ingresos y mejoran su posición. Lo que parece problemático, en cambio, son las diferencias de ingresos sin funciones que se basan en posiciones de poder institucionales y que desde la perspectiva de la economía en su conjunto, no parecen necesarias para alcanzar los objetivos del crecimiento. También en las sociedades modernas la economía debe seguir siendo un subsistema insertado en la sociedad. Si se impusiera únicamente su lógica propia, en el largo plazo se manifestarían consecuencias más bien contraproducentes, porque quedaría derogada la base social de la economía.*”, Wiemeyer, Joachim, *Economía Social de Mercado*, Diálogo Político, Revista trimestral No. 1, marzo 2009. Argentina. p. 27. <http://www.kas.de/argentinien/es/publications/16719/>

⁵³ “*El Estado tiene, además, el derecho a intervenir, cuando situaciones particulares de monopolio creen rémoras u obstáculos al desarrollo. Pero, aparte de estas incumbencias de armonización y dirección del desarrollo, el Estado puede ejercer funciones de suplencia en situaciones excepcionales, cuando sectores sociales o sistemas de empresas, demasiado débiles o en vías de formación, sean inadecuados para su cometido. Tales intervenciones de suplencia, justificadas por razones urgentes que atañen al bien común, en la medida de lo posible deben ser limitadas temporalmente, para no privar establemente de sus competencias a dichos sectores sociales y sistemas de empresas y para no ampliar excesivamente el ámbito de intervención estatal de manera perjudicial para la libertad tanto económica como civil.*”, Centesimus Annus. *Sobre la cuestión social*, Carta Encíclica del Sumo Pontífice Juan Pablo II, en el Centenario de la Rerum Novarum, del 1 de mayo de 1991.

⁵⁴ Böhm, F., Eucken, W., H. Grossman-Dorth, *The ordo manifesto of 1936*, en A. Peacock, *Germany’s Social Market: origins and Evolution*, MacMillan, Londres 1989. p. 15.

⁵⁵ “*El orden económico se encuentra en su totalidad, lo mismo que los órdenes parciales que comprende, en dependencia recíproca con el resto de los órdenes humanos en que también vive este hogar. Existe así, no sólo una interdependencia*

de la interdependencia recíproca entre los ‘ordenamientos parciales’ permite establecer, en cada momento concreto, la *estratégica* determinación de la mejor decisión, realizando una valoración integral del contexto según el cuadro normativo establecido – *las reglas del juego establecidas* –.

La visión orgánica y *totalizante* de la sociedad incluye la *asimilación* individualizada de los miembros que conforman los sectores sociales, que por determinadas razones se encuentran fuera de la realización del producto social y por ende, excluidos del circuito del mercado, para lo cual se requiere la práctica de un tipo de intervención de corrección fiscal, mínima y subsidiaria, del estado como actor heterónomo al mecanismo del mercado⁵⁶. Con ello se pretende expresar que para la teoría ordoliberal, el ‘proceso del mercado’ es un sistema de relaciones ordenadas al interno de un marco institucional que necesita ser organizado jurídicamente por el estado, el cual no debería, de ningún modo, modificar los resultados que provengan de los procesos de mercado, sólo ocuparse ‘estatalmente’ de mantener las condiciones constitutivas que permitan el ciclo reproductivo vital del mercado, tal cual funciona el ‘juego de la catalaxia’ *hayekiano*⁵⁷.

El pensamiento hayekiano solo concibe la posibilidad de la ‘planificación económica’ desde el punto de vista de cálculo económico individual, de modo que el resultado y la expresión final del sistema sería el cálculo de la sumatoria de todas las individualidades; en ello radica la espontaneidad de las interacciones individuales en el mercado neoliberal, como expresión filosófica e ideológica de un juego de suma cero entre las libertades individuales y las facultades de intervención económica del estado. El individuo conscientemente determina: ¿qué puedo hacer?⁵⁸.

Por su parte, el pensamiento ordoliberal, si bien considera que racionalmente el individuo debe planificarse económicamente según los medios disponibles a su alcance para alcanzar sus propios fines, exige que esta planificación sea compatible y responsable con los fines predeterminados por el sistema, que vienen garantizados por un cuadro jurídico institucional de respeto a una libertad

económica, sino también una interdependencia del orden económico con el resto de los órdenes de la vida.”, Eucken, W., Fundamentos de política económica, Ediciones Rialp, Madrid. 1956. p.36.

⁵⁶ “Both, ordoliberalism and social market economy are linked to a precise understanding of social justice, that is, of the way wealth has to be redistributed for equalizing purpose. Redistribution has to be the aim of solidarity between State and individuals, and is meant to be financed through taxation and practiced outside market boundaries. Regulation of private relations has to ignore redistribution, it only has to guard the balance and development of the market system by enhancing individual behavior consistent with market competition rules.” Somma, Alessandro, *At the roots of European private law: social justice, solidarity and conflict in the proprietary order*, cit., p. 188.

⁵⁷ Hayek, Friedrich August, *Law, Legislation and Liberty*, Vol. 2, Londres. Routledge and Kegan Paul. 1976.

⁵⁸ Hayek, Friedrich A., *Camino de servidumbre*, Madrid, Alianza Editorial, 1978, pp. 108 y ss.

individual contenida en los fines de la sociedad como un todo. En ello radica la racionalidad social predeterminada, la artificialidad del orden del mercado y también la organicidad contingente del pensamiento ordoliberal que concibe la existencia de una racionalidad de orden superior a nivel social⁵⁹. El comportamiento del individuo ordoliberal viene determinado inconscientemente por aquello que el sistema espera de él: ¿qué debo hacer?

EUCKEN asignaba al Estado la función de “guardián del orden de la competencia” (*Hüter der Wettbewerbsordnung*) y ante la existencia de ‘fallos del mercado’ la respuesta correctiva del estado – dada con clarividencia pragmática, fundamentalista y liberista – es el no cuestionamiento del mercado como institución ‘neutral’, sino el cuestionamiento y el perfeccionamiento del ineficiente marco normativo de regulación y ordenación de los procesos del mercado, que no podía concebirse sólo en el aspecto formal de la formulación del derecho por cuanto éste debía garantizar el incremento de la eficiencia del mercado y evitar la acumulación del poder político y económico⁶⁰. En este sentido, la intervención estatal, como regulación efectiva sobre ‘el marco de los procesos del mercado’, se realiza a través de reglas generales que especifican las condiciones de las prestaciones de servicios⁶¹, y no a través de ‘órdenes directas estatales’, que son consideradas desde el pensamiento *misiano* – y los seguidores de la teoría de las regulaciones expropiatorias – como regulaciones ‘centrales planificadas’ que por ser excesivas van ‘demasiado lejos’⁶² y constituyen un ataque al ejercicio y uso de los derechos de propiedad y por ende, consideradas *de facto* como ‘expropiaciones parciales’ del estado, sujetas a compensación económica por la pérdida significativa de su valor de mercado. En palabras de EPSTEIN: ⁶³“*Por cuanto desplaza la línea divisoria entre la propiedad o titularidad privada, y la propiedad pública en favor de derechos comunales, reducen claramente el espacio en el cual pueden actuar las fuerzas del mercado.*” De aquí el mensaje central y la presunción del paradigma liberal: “*Extraer de la esfera de los derechos privados bien definidos para traspasarlos a la esfera de la*

⁵⁹ Lazcano Gutiérrez, Iván, *El ordoliberalismo alemán y la Economía Social de Mercado*. cit., p.133.

⁶⁰ “*Eucken stresses that a legal order in the sense of formal rule-of-law (Rechtsstaat) is not a sufficient condition for the coming up of the proper economic order.*” Kolev, Stefan, *Hayek as an Ordo-Liberal*, cit., pp. 5 – 6.

⁶¹ Kirzner, Israel Meir, *Discovery and the capitalism process*, Chicago, The Chicago University Press. 1985. p. 224.

⁶² En 1922, la Corte Suprema de los EE.UU. estableció por primera vez que “*si la regulación va demasiado lejos*”, como lo expresó el Juez Holmes, ésta también puede constituir una expropiación de propiedad privada que debe ser compensada. Ver el caso, *Pennsylvania Coal Co. vs. Mahon* 260 U.S. 393 (1922), involucraba una demanda por parte de una compañía minera en contra de la constitucionalidad de una ley estatal que prohibía la extracción de carbón del subsuelo de sitios urbanos por razones de seguridad pública.

⁶³ Epstein, Richard Allen, *Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain*. Harvard University Press. 1985. p. 95.

propiedad común, siempre genera reducción y no incremento del bienestar”⁶⁴.

En el pensamiento neoliberal está muy acentuada la idea de que un ligero control de la economía por parte del estado, representa un ataque significativo a los derechos individuales por cuanto significa el germen de la planificación económica y con ello la restricción de la libertad individual liberal. Esta consideración viene mucho más diluida en el pensamiento ordoliberal, sobre todo en lo que respecta a la tradición estatista germana⁶⁵.

⁶⁴ Epstein, Richard Allen, *An outline on takings*, The university of Miami law review, 1986. p. 43.

⁶⁵ Lazcano Gutiérrez, Iván, *El ordoliberalismo alemán y la Economía Social de Mercado*. cit., p.98.

1.3 LAS REGLAS DEL ORDEN DEL MERCADO CONSTITUCIONAL.

En los momentos actuales de elevada internacionalización política y económica de la sociedad global, tomar la mejor y más eficaz decisión incluye la observación de todos los ‘órdenes sociales’, y la más pragmática determinación a partir del análisis de las variables globales, que condicionan la opción estratégica a seguir. Sin lugar a dudas que la división de la sociedad en ‘órdenes’ que deben ser ‘coordinados’ le permite al pensamiento ordoliberal conformarse como un pensamiento de matriz totalitario, por cuanto nada escapa de su regulación, incluyendo, la funcionalización de la libertad liberal individual. En este sentido el ordoliberalismo representa un esfuerzo ‘postmoderno y postdemocrático’ de ‘renovación, de ruptura y de continuidad’ con el núcleo duro del pensamiento del liberalismo clásico⁶⁶. Las reglas de juego del ordenamiento jurídico ordoliberal – compatible con el funcionamiento del mercado – son las mismas reglas hayekianas: “*en tanto que sean compatibles con el Estado de derecho, no pueden negarse de entrada como intervenciones del gobierno, sino que deben analizarse en términos de su conveniencia*”⁶⁷.

En su discurso “*El orden de la libertad*” del 15 de marzo de 2005, el presidente democristiano alemán, Horst KÖHLER – que primeramente había trabajado como ejecutivo bancario del sector privado, luego como presidente del Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo, para luego dedicarse durante cuatro años como Director Gerente del Fondo Monetario Internacional –, sintetizó de manera concisa y exacta los principios generales de la política de ordenamiento de una economía social de mercado: “*En un orden basado en la libertad, los ciudadanos encargan al Estado fijar las reglas de juego y se reservan para ellos el juego mismo. Las reglas son la propiedad privada y la libertad contractual, un régimen basado en la competencia y mercados abiertos, libre formación de los precios y estabilidad de la moneda, seguro contra los principales riesgos de la vida para todos y responsabilidad del individuo por sus actos y omisiones. La función de un Estado social moderno es proteger a sus ciudadanos en situaciones de emergencia sin arrogarse la capacidad de garantizar el nivel de vida*

⁶⁶ “*La economía social de mercado representa una expresión del liberalismo, pero no del clásico, sino de un nuevo tipo de liberalismo que busca echar mano de otros campos disciplinarios, y que por lo mismo, si bien acepta los valores del mercado, no puede dejar de lado aquellos valores tal vez más importantes de la sociedad. Por esta posición intermedia que intenta adoptar, se vuelve blanco de las críticas de ambos extremos. Por el lado de los autores neoliberales se les califica como una versión más del intervencionismo típico alemán, mientras que por el lado de los socialistas, se les identifica simple y sencillamente como miembros del neoliberalismo (...) Sobre la relación que guardan entre sí estas escuelas de pensamiento económico liberal, baste señalar que los mismos autores defensores de la economía social de mercado así como los ordoliberales, como lo señala el académico peruano Enrique Gherzi, claramente quieren ser distinguidos de la corriente neoliberal, sin renunciar a ser ubicados dentro del movimiento liberal en un sentido más general.*”, Lazcano Gutiérrez, Iván, *El ordoliberalismo alemán y la Economía Social de Mercado*. cit., p.18.

⁶⁷ Hayek, Friedrich August, *Law, Legislation and Liberty*, Vol. 2, cit., p. 222.

*alcanzado. Las reglas de juego deben ser confiables y otorgar previsibilidad. Sin confiabilidad no hay confianza y sin confianza no hay progreso”*⁶⁸.

De modo que la expresión ‘economía social de mercado’ – tal como fue concebida – debe acoger, por un lado, los principios liberistas propios de la economía de mercado; y por otro, la ‘fórmula’ debe conferir un rol particular a las ‘prestaciones sociales’⁶⁹ vinculados al proceso económico y orientados a la pacificación social, para lo cual es necesaria prever la activa intervención estatal en pos de la reivindicación de la ‘unidad nacional’⁷⁰.

La necesaria y puntual intervención del estado nace de la ‘convicción del pensamiento ordoliberal’ sobre la manifiesta incapacidad de confiar ‘sólo’ en el funcionamiento espontáneo del mecanismo del ‘libre’ mercado como dispositivo disciplinante y homogenizante. La fórmula ‘economía social de mercado’, a partir de un principio *di differenziazione funzionale* entre los *ordines*, se plantea resolver directamente la cuestión de cuál es el ‘*deber ser*’ de la relación material entre el estado y la economía, para lo cual lo adopta como un problema específicamente jurídico e institucional, que se resuelve a través de las disposiciones de rango constitucionales que actúan como ordenadoras de las relaciones sociales, y sirven de fuentes superiores de valores para los criterios de interpretación judicial en sede de conflictos y controversias entre las partes.

La fórmula ‘híbrida’ de la ‘economía social de mercado’, asume constitutivamente tanto la parcialidad de los órdenes como la diferenciación funcional entre ellos, y según el pensamiento de VANBERG es

⁶⁸ Dominik, H. Ernste, *Una perspectiva ordoliberal de la Economía Social de Mercado. Basado en los “Principios de política económica” de Walter Eucken.*, cit. p. 70.

⁶⁹ “*La funzione del principio d’eguaglianza, con tutte le sue limitazioni consapevoli od inconsapevoli, e quella di assicurare o di promuovere, di volta in volta, una particolare struttura sociale e un ordinamento generale, e dunque la realizzazione di una costituzione sociale. Concorda con ciò il fatto che persino la giurisprudenza nationalsocialista potè affermare di riconoscere, a suo modo, il principio d’eguaglianza: vale a dire per tutti i connazionali della stessa razza.*”, Raiser, Ludwig, *Il compito del diritto privato*, cit., p. 13.

⁷⁰ “*Así, en la mélange ideológica del fascismo se puede verificar la existencia de ciertos rasgos bien definidos, que toman más evidente la naturaleza contradictoria de la ideología fascista. Entre los más destacados mencionemos: la estadolatría, o el culto al Estado (tantas veces observado por Gramsci en sus estudios sobre la sociedad italiana), el elitismo, el racismo, el antiliberalismo, el nacionalismo, el militarismo, el oscurantismo y el anti-intelectualismo, el corporativismo y la doctrina de la armonía de clases y, por último, la exaltación de la juventud, la familia y la moral burguesa. En esta breve enumeración de las facetas más prominentes de la ideología fascista es posible observar, asimismo, las coincidencias existentes entre el universo simbólico de la pequeña burguesía –su “mentalidad” de clase– y las aspiraciones de la burguesía en su fase imperialista: exaltación de la “unidad nacional”, negación de la división de la sociedad en clases, legitimación del papel intervencionista del estado, justificación “científica” –mediante el racismo y el elitismo– del resentimiento de la pequeña burguesía en contra del capital medio y su estereotipo más difundido, el “juicio avaro”, por último, el militarismo, que como ideología se ajustaba perfectamente bien a las necesidades expansionistas de la burguesía monopólica.*”, Borón, Atilio A., *Estado, capitalismo y democracia en América Latina*. cit., p. 36.

expresión de un ‘liberalismo constitucional’ y un ‘orden de mercado constitucional’⁷¹. Mercado constitucional auto referencial, que pretende desde la retórica ordoliberal dar respuesta y alcanzar los siguientes objetivos sociales:

1–Un elevado bienestar económico social, a través de: La regulación del orden de la competencia del mercado; Una consciente y acertada política de crecimiento económico; Una política coherente orientada al pleno empleo y a la inversión económica en la formación laboral orientada a las necesidades de la economía mundial; La libertad del comercio exterior, y; El libre cambio de divisas internacionales;

2–La garantía de una estabilidad monetaria económicamente eficaz y socialmente justa, a través de: Una banca central independiente; La estabilidad de las cuentas públicas – el control del *déficit* público –y; Una positiva relación entre los niveles de importación y exportación en el comercio exterior;

3–La seguridad social, la justicia social y el progreso social, a través de: La maximización del producto social; La regulación del orden de la competencia; La corrección estatal de los desequilibrios patrimoniales provocados por el punto de partida, a través de formas obligatorias de ayudas sociales, de pensiones, de pagos, subvenciones y medios que promoviesen la actividad económica.

En términos ordoliberales, la concepción de un estado regulador, fuerte y proactivo, debe cumplir, entre otras funciones de ‘equilibrio’, las siguientes:

1–Ejercer una moderación en períodos de bonanza económica y desarrollar una actividad de estímulo en los períodos de recesión, a modo de limitar la incerteza de las fuerzas productivas;

2–Sostener los mecanismos de mercado, y la moderación, en el sentido de garantizar el equilibrio a largo plazo, desarrollando las condiciones para dar vida a un auténtico mercado equilibrado;

3–Programar y prevenir macro económicamente el proceso de desarrollo económico nacional;

4–Crear las condiciones favorables para hacer conciliar los intereses de los participantes en el mercado, con los intereses del Estado.

Brevemente enunciados los principios concebidos en lógica ordoliberal y reseñadas las funciones de

⁷¹ “Y es así porque el mercado está estrechamente vinculado a las preguntas fundamentales de la vida social en común (por ejemplo con los conceptos de “idea del hombre” y “sociedad”), y está sometido a los postulados de justicia, bien común y democracia pluralista. Y no se debe olvidar la cuestión relativa a la estructura y funciones del mercado, que es también una cuestión sobre la correcta comprensión de la Constitución. En la medida que la teoría del derecho y del estado se integran en la doctrina del Estado constitucional, se hace necesaria una teoría constitucional del mercado, que conjugue todo estos elementos en su globalidad y singularidad.”, Häberle, Peter, *Siete tesis para una teoría constitucional del Mercado*, cit., p. 4.

un estado *genérico* empeñado ordoliberalmente bajo la fórmula publicista de la ‘economía social de mercado’, cabe preguntarse: ¿Si es posible realizar este ideal ordoliberal a nivel global?, o si para alcanzarlo sólo a nivel germano/europeo: ¿Se debe someter al resto de las regiones geográficas periféricas a cumplir *funciones* de segundo grado en el ordenamiento global – incluido el sur de la Europa –?

El elemento cultural que subyace en la expresión de economía social de mercado, que propone este equilibrio crítico y difuso, organicista, anti liberal en sentido clásico, autoritario y siempre antidemocrático entre la funcionalizada libertad individual y la sistémica responsabilidad de reproducción de sus condiciones de existencia del mercado, viene abordado por Flavio FELICE en los siguientes términos: *“Escribe Webber: “La nación fue desacostumbrada por aquella cooperación positiva para el propio destino político por medio de sus representantes efectivos, el único que hace posible la educación del juicio político”. Una visión “monopolística” de la elaboración de los procesos de decisión política que no se concilia con la perspectiva “cooperativa” que, haciendo propio el “principio de la competencia” como instrumento hermenéutico de la agenda política y no un mero elemento de cualquier política (policy), determina el código liberal del tejido político, económico y cultural. He aquí la razón por la cual, para la mentalidad alemana de la época, el “parlamentarismo liberal” no podía sino aparecer como la forma misma de un “sistema en crisis permanente” que necesitaba de una “crítica permanente”, que culminaría en el periodo 1930–32 con el colapso final y “la autoparálisis del parlamentarismo”. En este sentido, sostiene Daniel Villey, el ascenso al poder del nacionalsocialismo no es otra cosa más que “el último episodio de la guerra secular del espíritu alemán contra la idea de libertad”⁷².*

Debe alertarse sobre una cuestión metodológica: El enfoque global que pretende desarrollarse en el desarrollo del discurso de la tesis, como resultado del voluntarismo en el proceso de exportación germano y comunitario del pensamiento ordoliberal hacia el resto de mundo, en sede también de circulación de modelos jurídicos, debe superar la consideración de la ‘economía social de mercado’ como modelo económico, político y social estrictamente *tedesco*. La ‘economía social de mercado’ como modelo económico, político y social es concebido por sus promotores – y así debe queda

⁷² Felice, Flavio, La economía social de mercado. Orígenes, relaciones con la DSI e implicaciones actuales, p. 3, Disponible en, <http://www.institutoacton.com.ar/articulos/ffelice/artfelice6.pdf>.

reflejado en el texto de esta tesis – como un concepto o ‘principio válvula’ (*Ventilbegriff*)⁷³ que ha de permitir, a partir de ser un principio suficientemente elástico y adaptable, contaminarse y adecuarse al entorno global para amparar bajo su ecléctica y polivalente denominación, una gran variedad de programas económicos gubernamentales nacionales, a veces dispares y contradictorios, que tienen en común que todas se corresponden con una amplia gama de opciones políticas, económicas y jurídicas orientadas a la conservación del *status quo* de esencia *liberista*. Es fácil inferir, por ello, la mutua cercanía que puede establecerse entre los conceptos de la gobernanza y de la ‘economía social de mercado’ en cuanto a sus prácticas económicas difusas – prácticas de intervención directas e indirectas sobre el mercado –, sus estilos políticos no convencionales y sus modos pragmáticos de legitimación.

La novedad fundamental del ordoliberalismo desarrollado por la escuela de Friburgo, fue la articulación de aquello que los ‘liberales’ alemanes llamaron *Wirtschaftsverfassungspolitik*, que no es más que incidir indirectamente en sentido organicista sobre el funcionamiento del mercado, estableciendo los límites de la necesidad de la intervención del poder público sobre los marcos reguladores del proceso de la economía, lo que representaba fácticamente una fuerte discontinuidad con el pensamiento liberal neoclásico, al presuponer la íntima interdependencia recíproca de las distintas esferas de la sociedad. Es paradójico para el pensamiento neoclásico liberal aceptar que la ‘libre competencia’ necesite de una flexible e indisoluble regulación estatal constitucional que garantice su propio funcionamiento y su sostenibilidad.

Por lo tanto, según la autovisión ordoliberal, “*lo que distingue a esta concepción del ‘liberalismo económico’ es la unión funcional y compatible, entre un orden económico y un orden social*”⁷⁴. Valga resaltar que esta ambigüedad – deliberadamente construida, que se resiste a la sistematización –, propia del pragmático pensamiento ordoliberal expuesto en la antidogmática fórmula ‘economía social de mercado’, constituye la esencia de un discurso profundamente ecléctico que se traduce en un método funcional de revalorización del pensamiento liberal aplicado a diversos contextos y situaciones, y que deviene potencialmente en un sistema de control autoritario de las libertades y los derechos individuales – libertades democrático–burguesas, siempre instrumentalizadas, que pueden llegar a ser

⁷³ Miccú, R., *Finalismo dell’Unione ed economia sociale di mercato: modello (obsoleto) o principio speranza del costituzionalismo europeo?*, Diritto e cultura –Archivio di filosofia e sociologia, 2003, pp. 129 – 158.

⁷⁴ Rösner, Hans Jürgen, *Crisis financiera. Redescubrimiento de la economía social de mercado.*, Economía Social de Mercado. Diálogo Político, Revista trimestral No. 1, marzo 2009. Argentina. p. 89. Disponible en, <http://www.kas.de/argentinien/es/publications/16719/>

temporalmente canceladas para facilitar la reactivación económica como cuestión de interés general–.

El ordoliberalismo como corriente de pensamiento con aguzada visión biopolítica y bioeconómica del funcionamiento social – biopoder en cuanto a la combinación y ejercicio de una lógica de poder eficaz y suficiente, y un modelo de organización espacial que deriva en una producción específica de un modelo de subjetividad individual –, no niega muchos de los fundamentos de la política económica del Estado social; y al aceptarlos de hecho, los funcionaliza desde la convicción de que la dinámica gestión integral de la sociedad requiere de elementos de equilibrio externos al mercado que garanticen la continuidad y la conservación del modelo económico por un largo período de tiempo, que no puede ser solamente confiada al *ordine della efficienza economica*. Para ello el sistema institucional y normativo ordoliberal, a partir del principio de ‘diferenciación funcional’ entre los órdenes, constantemente está valorando y corrigiendo el funcionamiento eficiente del *ordine parcial* establecido por la ‘constitución económica’, de modo que el cumplimiento de determinados fines sociales en función del ideal de la pacificación – y nunca en rol de emancipación – no afecten la esencia del mecanismo descentralizado de formación de precios como mecanismo base de la competencia funcional. La corrección de los mecanismos del mercado, a su vez, permite evitar – o rectificar – que los fuertes intereses particulares de determinados ‘grupos de presión’ puedan instrumentalizar en provecho propio la actividad política del Estado de derecho. De aquí la necesidad de que el Estado, en su clásica concepción de Estado de derecho, conserve su relativa independencia para poder ejercer la función que le corresponde de velar por el funcionamiento orgánico de la sociedad, en particular protegiendo las reglas de la propiedad privada: “Solo puede ser una cuestión de qué tipos de restricciones son, en su conjunto, más beneficiosas; esto es, de qué decisiones prometen hacer del juego de la catalaxia más atractivo para todos los jugadores implicados. Esta cuestión sólo puede abordarse mediante la comparación de las funciones, observables o predecibles, de reglas de propiedad alternativas⁷⁵.”

A diferencia de una economía al estilo *laissez-faire* dominada por una ‘mano invisible’ de naturaleza ‘divina’ – en tanto y en cuanto fuere capaz de ordenar y capaz de condicionar y conformar el comportamiento humano individual para la consecución de un óptimo y natural estado de bienestar colectivo –, la economía social de mercado exige la mano ‘visible’ ordenadora y conformadora del Estado, y no por visible menos ‘divina’ y menos conformadora de los comportamientos humanos

⁷⁵ Vanberg, Viktor J., *Mercados y Regulación. El contraste entre el liberalismo de libre mercado y el liberalismo constitucional*, cit. p. 95.

individual⁷⁶. Si en un inicio moderno, los orígenes del derecho natural provenían del ‘descubrimiento’ del orden divino de las cosas, en un orden postmoderno, el carácter ‘natural’ del ordenamiento jurídico viene de la mano del descubrimiento de las normas constitucionales y de las ‘reglas’ subconstitucionales, que garanticen la eficiencia y la optimización productiva del ente social a partir de la suma total de las estrategias individuales. De modo que siguiendo una pauta común del Análisis económico del derecho, cada decisión económica individual en un racionalizado y ordenado ambiente ordoliberal, se traduce en una diversa relación jurídica que determina una relación de coste/beneficio dependiendo del cuadro jurídico – institucional en cuestión y del contexto normativo que ordena las relaciones sociales en el espacio del mercado.

Ordopolítica significa anticipar las fallas del mercado, vigilar ‘constructivamente’ y de forma ‘natural’ el constante proceso de mercado. Walter EUCKEN enumeró ciertos principios constitutivos y reguladores de la política de ordenamiento, que identificaba como elementos guía de la política económica y social. El ordoliberalismo considerado como una elevada expresión de ‘un constructivismo jurídico del mercado’, en su discurso retórico no niega la existencia de la libertad individual, pero exige que esta se encuentre ‘coordinada’ con los fines ‘superiores’ del estado. Una ‘coordinación’ de las libertades individuales centrada en la actividad económica al interior de un cuadro jurídico general de reglas de juego, que vienen garantizadas prescriptivamente por un tipo de Derecho cooperativo que queda elevado a la consideración de elemento primario del ‘bien común’ de la sociedad, y que se conjuga con el rechazo a la subordinación de la actividad económica a una autoridad central.

Según el pensamiento ordoliberal que retoma los elementos morales del ideal neokantiano, todos los principios ordoliberales deben regir en forma simultánea, dado que se condicionan recíprocamente y dependen unos de otros – interdependencia de la política económica –. Un orden basado en los principios estructurales o constitutivos asegura la mayor asignación posible de los factores de producción y conduce a innovaciones e imitaciones. Al mismo tiempo, alienta el cambio estructural –

⁷⁶ “En oposición a esta idealización del mercado se encuentra su inevitable demonización desde el marxismo (el mercado como el estado natural del hombre salvaje, que impone el derecho del más fuerte). Se olvida, con todo, que el mercado del Estado constitucional no es un espacio ajeno al Estado y a la ética. La «invisible hand» del mercado (A. Smith) y la “mano aseguradora del derecho” (E.J. Mestmäcker) han de pensarse simultáneamente. La red de millones de contratos regulados por el derecho, que requieren una confianza previa para ser realizados, se asemejan a los contratos sociales, que conducen desde el estado originario («status naturales») al «status civilis vel culturalis», caracterizando así al Estado constitucional.”, Häberle, Peter, *Siete tesis para una teoría constitucional del Mercado*, cit. p. 3.

proceso de ‘*destrucción creativa*’ – y crea posibilidades de elección y opciones alternativas para la oferta y la demanda – limitación del poder económico–.

Los principios constitutivos ordoliberales de un régimen de libre competencia, son:

1–La no intervención del Estado en los mecanismos de precios; 2–La primacía de la estabilidad del mecanismo de precios por sobre el objetivo del pleno empleo laboral en política monetaria; 3–La existencia de mercados abiertos y competitivos; 4– La primacía de los derechos privados de propiedad; 5 –La libertad contractual; 6– La transparencia y la no intervención puntual del Estado ante quebrantos de los actores económicos; y, 7– Las políticas económicas estables, predecibles y orientadas a objetivos de largo plazo.

Por su parte, los principios reguladores ordoliberales del funcionamiento de la ‘economía social de mercado’ hacen referencia a la intervención del Estado como mecanismo que debe resolver las cuestiones pendientes del funcionamiento del mercado, en tanto que garantizar un mínimo vital existencial para todos, según el principio de la subsidiariedad⁷⁷. Según la bibliografía ordoliberal de la propia Konrad Adenauer *Stiftung*, los principios reguladores de la economía social de mercados comúnmente enunciados, son:

1–Política de defensa de la competencia, cuya legislación debe tender a ‘internalizar’ las ‘externalidades’ considerando cómo la reglamentación jurídica de la actividad privada puede crear costos contractuales que afectan negativamente la producción y la asignación privada de bienes según el teorema de COASE. 2 –Política estructural y anticíclica. 3 –Política financiera, impositiva y social. 4 –Política de mercado laboral, empleo y educación.

La aplicación de los principios de la ‘economía social de mercado’ – tal como sucedió en la época fascista – se basa en la defensa funcionalizada de los derechos de la propiedad privada y en la promoción de las libertades económicas, a costa de la compresión de las libertades políticas y civiles. El principio ordoliberal de la ‘competencia funcional’ de los mercados ‘ordenados’ ha sido siempre el principal instrumento de *dirigismo político*⁷⁸ de la sociedad ordoliberal⁷⁹.

⁷⁷ Sobre esta cuestión se aborda una crítica más adelante, por cuanto el ordoliberalismo trastoca funcionalmente los conceptos de solidaridad y subsidiariedad. Básicamente se asume que al pensamiento ordoliberal le es completamente ajeno el concepto de solidaridad social, que queda reducida a un esquema de subsidiariedad jerarquizada y gradual, según un estado de necesidad individual.

⁷⁸ “La economía social de mercado posibilita, que el ciudadano participa en la competencia y experimente su capacidad de rendimiento. Para la CDU la competencia cumple una función importante no solamente en la economía. Estamos convencidos que la competencia justa estimula a que las personas pongan lo mejor de sus capacidades.”, El programa de

2 BREVES REFERENTES NORMATIVOS ORDOLIBERALES.

Desde el constitucionalismo de *post* guerra se asumió, en el ámbito europeo, que era necesario hacer referencia en la Carta magna al modelo socioeconómico y a los principios fundamentales que regulasen la relación entre el Estado y el modelo económico a seguir. Incluso en los estados que abiertamente abrazaron la economía de mercado aceptaron que era necesario que la Constitución política estableciera los límites y los tipos de intervención estatales admisibles en un momento dado, de lo contrario podrían parecer dudosos los ámbitos y las formas de injerencia sobre el funcionamiento de la economía por parte de los organismos y las instituciones estatales. Las constituciones de Grecia (1975), España (1978) y Portugal (1989) abordaron de manera muy exhaustiva las cuestiones relativas a las relaciones del estado con el modelo socioeconómico y las finanzas públicas.

Acercarse en sus orígenes al debate sobre la factibilidad de edificar una sociedad sobre los presupuestos de la ‘economía social de mercado’, es aceptar el debate sobre la continuidad del Estado *welfarista* y los valores que han estado presentes en el constitucionalismo europeo de *dopo* guerra. Es asumir el debate sobre un modelo de sociedad en el cual se aspira a convivir.

Este debate es actualmente central en la Europa comunitaria y supera cualquier intento de reducción a un análisis de coste – beneficio del sistema; el análisis de la cuestión en el espacio europeo incluye cuestiones de hecho como son el continuado envejecimiento de la población europea, el cambio demográfico a favor de una creciente inmigración, los nuevos riesgos de la sociedad *post* industrial, el coste y el mantenimiento de las pensiones y el sistema de la seguridad social, todo lo cual conlleva a un repensamiento de las estructuras e instituciones económicas y sociales, ya no tanto a niveles regionales como sí a nivel comunitario y global. Pero esas pretensiones superan ampliamente el cometido de este texto.

bases programáticas, aprobado por la Convención nacional de la Unión Demócrata Cristiana de Alemania (CDU), en Hannover, 3-4 de diciembre de 2007. cit., p.11.

⁷⁹ “*In massima parte l’affossamento fascista delle libertà politiche ha avuto il volto noto e cruento dell’annientamento fisico e sociale degli individui che rifiutarono di sciogliersi nella comunità o che il potere vuole espellere da essa. La conformazione delle libertà economiche si è invece presentata con un volto più rassicurante, non distante da quello che le vicende economiche a noi conosciute sono solite mostrarci. Del resto il fascismo non ha compreso l’iniziativa privata, semplicemente l’ha trasformata in strumento volto a incrementare la crescita economica, elevata a interesse nazionale primario: in tal senso non si è combattuto il mercato concorrenziale, ma al contrario, si è utilizzata la concorrenza come strumento di dirigismo politico.*”, Somma, Alessandro, *Economia di razza. Dal fascismo alla cittadinanza europea*, cit., p. 12.

La cuestión al abordar el estudio del ordoliberalismo, desde una concepción de la constitucionalización del modelo económico, radica en aceptar que si bien es cierto que existen fuertes lazos entre el modelo económico constitucionalizado y el mercado ‘vivo’, no se acepta llanamente por el autor de esta tesis – tal como afirma Peter HÄBERLE – que actualmente “*el mercado, como toda forma de vida social, está estructurado, funcionalizado, conformado normativamente y constituido jurídicamente en el Estado constitucional*”⁸⁰. La posición que se asume en este texto – y que no intenta ser ‘medianera’ – es que las fronteras del mercado se han expandido al punto de atentar contra la propia y real concepción del ‘estado constitucional’ occidental del *welfare* de *dopo* guerra, de modo que la hipótesis que se asume es diversamente contraria a la manifestada por HÄBERLE⁸¹.

HÄBERLE considera lo siguiente: “*El Estado constitucional toma a su servicio los logros específicos del mercado como un substrato material irrenunciable de sus ideales y objetivos fundados en la dignidad humana y la democracia. Eso no se alcanza ni con la demonización ni con la idealización del mercado. Se requiere una mirada realista centrada en la línea medianera. Con ello queda espacio para diferenciar entre partes del mercado: el mercado de la cultura, los medios y la opinión, el mercado del trabajo y del capital, a sabiendas de que en la actualidad la europeización y globalización del mercado plantean nuevos retos a la teoría del Estado cooperativo. Y lo mismo vale para las responsabilidades conexas existentes en el mercado internacional y nacional con respecto a la protección del medioambiente.*” En el desarrollo del texto de esta tesis de investigación se proyecta la consideración de que el mercado, como razón de estado e institución central ordoliberal, social y privadamente corporativa, es quien reconstituye y reescribe *liberistamente* las instituciones del otrora Estado democrático constitucional de derecho, de modo que, parafraseando contrariamente a HÄBERLE, puede quedar expuesto que: *El estado, como forma en la cual se desarrolla la vida social, está estructurado, funcionalizado, conformado normativamente y constituido jurídicamente por el mercado constitucional*. En síntesis, queda expuesto el estado como razón del mercado, y no viceversa. De modo que es válido cuestionarse si: ¿El Estado ordoliberal al interno de la esfera del Mercado constitucional, representa una forma política de democracia liberal?

La cuestión del discurso que se está articulando en esta tesis, *fino alla fine*, estriba en intentar superar

⁸⁰ Häberle, Peter, *Siete tesis para una teoría constitucional del Mercado*, cit. p. 3.

⁸¹ *Ibidem*, p. 14.

la virtualidad de la contraposición *liberista* de que la consideración de un estado de *welfare* se opone y excluye el más pleno y eficiente desarrollo económico, de modo que se pueden ver afectadas las libertades económicas individuales resguardadas constitucionalmente. Consideración *liberista* con lo cual se oculta el irrespeto a la tutela de otros tantos derechos civiles, sociales y políticos consagrados igualmente en la constitución, que quedarían funcionalizados e instrumentalizados por el circuito económico y los intereses privados de la élite del poder.

El Derecho, en su condición de representante del *ordine* jurídico que debe mediar entre las interacciones del *ordine* económico y el *ordine* político, asume desde la visión organicista del pensamiento ordoliberal dos claras funciones. La primera es aquella “*di neutralizzazione degli interessi individuali all'interno dell'ordinamento economico*”; y la segunda es “*di neutralizzazione delle influenze sociali o politiche sull'ordinamento economico*”. De este modo el Derecho – y el Estado de derecho – en el pensamiento ordoliberal se erige como el valladar que impide las distorsiones sobre el funcionamiento del sistema económico; y cualquier actividad externa de corrección de fallos sobre el *ordine* económico debe tipificarse como una de las excepciones de intervención del estado previstas constitucionalmente, que permitan superar puntualmente el ordinario entorno normativo institucional de Derecho, diseñado para proteger la economía de mercado.

La *neutralizzazione degli interessi individuali all'interno dell'ordinamento economico* se resuelve desde el ordoliberalismo sometiendo, en grado máximo, al individuo a las normas generales y abstractas del Derecho público.

La *neutralizzazione delle influenze sociali o politiche sull'ordinamento economico* se afronta desde la tutela constitucional, en grado mínimo, de los derechos fundamentales, que deben ser observados como límites de la intervención estatal, en particular en lo que se refiere a las libertades económicas – libertad de empresa, libertad de profesión, y protección de la propiedad privada. De este modo, el respeto ordoliberal hacia el Estado de derecho y la respetabilidad hacia los mecanismos clásicos de la democracia, que incluye la consideración hacia los servicios públicos, se corresponden con la intención del principio de diferenciación funcional entre los órdenes sociales, de modo que el estado quede en condiciones de justificar de manera independiente y autónoma su comportamiento y actitud en cuanto al deber de armonizar los intereses de la colectividad con las libertades de acción política y económica de los ciudadanos⁸².

⁸² “El Estado de derecho democrático garantiza a sus ciudadanos espacios para el libre desenvolvimiento y los protege de discriminaciones. La CDU responde por este equilibrio entre libertad y orden.”, El programa de bases programáticas,

En este sentido, el Derecho *'di impronta ordoliberal'* realiza su aporte importante a la conformación de un tipo de sociedad global con tendencia orgánica y totalizante, por cuanto no queda contenido por la *'estricta'* concepción positivista que limita el *'Estado de derecho'* a la ley⁸³. Así se ha pronunciado el Tribunal Constitucional Federal alemán, al considerar que el derecho es más que ley, y que corresponde al máximo órgano jurisdiccional encontrar en la lectura integral de las normas constitucionales la *ratio* para el mejor funcionamiento social. En este sentido es trascendente y elocuente la redacción del artículo 20.3 de la Ley Fundamental germana, que somete a los poderes constitucionales a *"la ley y al derecho"*⁸⁴. Por demás, el principio de la competencia, cultivado desde la teoría ordoliberal, alcanza la consideración de un *"bien público"* y en cuanto tal, deberá ser tutelado, distinguiendo el interés de cada uno de aprovecharse de ese bien público y el interés de todos de contribuir a la defensa y a la promoción de ese *'bien'*.

La resolución jurídica de la tensión entre la *'individualidad'* y la *'comunidad'*, en cuanto a grados posibles de libertad, es lo que conlleva a considerar que el derecho ordoliberal promueve un modelo de gestión social de *'Estado de derecho cooperativo'*, típico de un *'fascismo débil'*, que vulnera y funcionaliza el ejercicio de la autonomía individual⁸⁵.

aprobado por la Convención nacional de la Unión Demócrata Cristiana de Alemania (CDU), en Hannover, 3-4 de diciembre de 2007. cit., p.11.

⁸³ *"La tradicional sumisión del juez a la ley constituye un pilar fundamental del principio de separación de poderes y, por ende, del Estado de Derecho, sin embargo, la formulación que de este principio realiza nuestra Ley Fundamental, modifica ligeramente los términos del mismo, en el sentido de que la actividad jurisdiccional debe estar sometida a "la ley y el derecho" (Art. 20, párrafo 3 de la Ley Fundamental). Es opinión generalizada que, de este modo, la Ley Fundamental rechaza un positivismo estricto. Esta formulación pretende mantener viva la conciencia de que, en la práctica, la ley y el derecho generalmente coinciden, pero esta mutua correspondencia no existe siempre ni necesariamente. El derecho no es idéntico a la totalidad de las leyes escritas. Frente a las normas positivas impuestas por el poder público puede, en ciertos casos, existir un "derecho" que vaya más allá de las mismas, su fuente se encuentra en el ordenamiento jurídico constitucional considerado en su totalidad, y es capaz de servir como "correctivo" del derecho escrito, encontrarlo y lograr su realización por medio de resoluciones es tarea de la actividad jurisdiccional."*, Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe. Sentencia BVerfGE 34, 269 [Princesa Soraya]. cit., p. 493.

⁸⁴ *"Art. 20.3. - El Poder Legislativo estará vinculado al orden constitucional y el Poder Ejecutivo y el Judicial estarán sujetos a la ley y el derecho."*

⁸⁵ *"Esto llevaría a una comprensión errónea de la libertad, en el caso que se reconociera que en el tiempo la libertad personal no se realiza separadamente de la capacidad funcional y de la importancia del todo, y que una concepción subjetiva ilimitada a costa de la comunidad es incompatible con la concepción del Estado social. La Ley Fundamental – como en repetidas ocasiones lo ha subrayado el Tribunal Constitucional Federal con relación al derecho fundamental de la libertad general para actuar (véase BVerfGE 4, 7 [15], 8, 274 [329], 27, 344 [351])– decide sobre la tensión individuo- sociedad en el sentido de la vinculabilidad y de la sujeción a la sociedad de la persona, el individuo debe aceptar, por tanto, aquellas restricciones a su libertad para actuar que el legislador, para la protección y promoción de la vida social en comunidad, prevé dentro de los límites de lo razonable, siempre y cuando se garantice la independencia*

La cuestión de la ‘constitución económica’, en la cual se delimitan las formas de regulación y control del Estado ordoliberal como parte de un ‘cuadro normativo institucional’ de una sociedad ordenada – que deviene *per se* en la consideración de un ‘capitalismo ordenado’, presumiblemente compatible con la idea liberal de que una sociedad libre debe ser una sociedad ‘ordenada’ –, ha llevado a varios autores contemporáneos a considerar la perspectiva constitucionalista sobre el mercado – es el caso de Peter HÄBERLE⁸⁶ y de Viktor J. VANBERG⁸⁷ –, de modo que cada vez con mayor fuerza se intenta ‘constitucionalizar’ la fórmula de la economía social de mercado, al punto de establecer un estrecho vínculo entre la teoría ordoliberal y la obra de James BUCHANAN que desde una óptica institucionalista ha popularizado el ideal liberal de ‘cooperación voluntaria’: *“La economía no puede funcionar fluctuando en el aire, sino que debe estar incluida en una estructura de ‘leyes e instituciones’, y debe estar pensada de esa manera. Los economistas modernos han sido gravemente negligentes con respecto a las condiciones constitucionales institucionales del cuadro del sistema económico”*⁸⁸.

Sin embargo, el énfasis señalado por los autores citados para ‘constitucionalizar’ la fórmula de la ‘economía social de mercado’ no ha estado acompañada por la intención de elevar a rango

de la persona. Estas consideraciones reclaman validez en el campo de la garantía estatal del derecho de participación. Aquí el mandato de la justicia social, que se concretiza en el principio de igualdad, se opone a los medios públicos de los que se dispone limitadamente en detrimento de otros importantes intereses comunes y que en forma prevalente favorecen una parte privilegiada de la población. Al legislador, por tanto, no le puede estar prohibido orientarse también con base en las fuerzas de la necesidad a favor de diferentes profesiones, en la medida que no tenga éxito la demanda individual y la necesidad de la sociedad pueda cubrirse mediante la asesoría a los estudiantes.”, Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe. Sentencia de la Primera Sala, del 18 de julio, 1972 –1 BvL 32/70 y 25/71–. cit., p. 355.

⁸⁶ *“Los clásicos posteriores profundizan en la analogía: F. Böhm compara el mercado con formas ideales de la democracia plebiscitaria, con el consentimiento diario, con la soberanía del consumidor, la elección cotidiana, y Schumpeter discutió la siguiente afirmación: “no hay otra institución democrática más que el mercado”. Y es sin duda una provocación la frase de F. Tönnies: el mercado es la balanza de la justicia económica. ¿Pero es verdaderamente el mercado, dentro del Estado constitucional, una forma económica de la democracia? Aquí es necesaria una respuesta que marque diferencias: sólo la economía social de mercado puede ser objeto limitado de una analogía con la democracia pluralista, de manera que el ciudadano mercantil sea el ciudadano democrático. Las teorías de la justicia, de Aristóteles a J. Rawls, a través del principio de Estado social conforman la economía de mercado del Estado constitucional: por ejemplo, en la forma de las tareas constitucionales como “protección del consumidor” (véase el art. 51 de la Constitución española), derecho sociales mínimos para el legislador del trabajo (art. 102 de la Constitución de Guatemala), reivindicaciones de la seguridad social (art. 20.2 de la Constitución holandesa), libertad sindical y derecho de huelga (art. 23.2 de la Constitución griega). La teoría constitucional tiene delante la tarea de integrar en un sistema abierto y coordinado las estructuras y las funciones del mercado, sus logros a favor del interés general y sus límites.”*, Häberle, Peter, *Siete tesis para una teoría constitucional del Mercado*, cit., p. 4.

⁸⁷ Vanberg, Viktor J., *Mercados y Regulación. El contraste entre el liberalismo de libre mercado y el liberalismo constitucional*, cit.

⁸⁸ Buchanan James, M., *Freedom in Constitutional Contract*, College station, Texas A&M University Press, 1977. p. 5.

constitucional la categoría de los ‘derechos sociales’ como mecanismo de emancipación y de liberación⁸⁹. No ha sucedido en la Alemania Federal ni tampoco en la evolución de la Europa comunitarista, que de alguna manera han traicionado el espíritu del constitucionalismo y de la conformación del Estado social europeo⁹⁰, que renació del liberalismo político luego del *crollo* del fascismo: “*Al crollo delle dittature fasciste il recupero del liberalismo político si é accompagnato a un nuovo modo di intendere le relazioni di mercato. Nei Paesi europei che hanno conosciuto la dittatura fascista il costituzionalismo del dopoguerra rompe con la tradizione borghese, muovendo dall’idea di parità sostanziale tra gli individui. In tal senso si riconoscono a essi diritti social, ovvero diritti concernenti la rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale che impediscono la parità. E si stabilisce inoltre che la conformazione del mercato, strumento di redistribuzione della ricchezza, deve avvenire per promuovere direttamente l’emancipazione dell’individuo e non il solo equilibrio del meccanismo concorrenziale*”⁹¹.

Una última cuestión crítica sobre este aspecto, pero no por ello menos importante. La obra y el pensamiento de James BUCHANAN – presidente de la Sociedad Mont Pélerin durante los años 1984-1986, y premio Nobel en economía del año 1986 – han tenido el mérito de la divulgación del mercado como espacio de ‘cooperación voluntaria’ de las transacciones económicas. El texto de esta tesis de investigación – y este autor – consideran que el mercado contemporáneo, como espacio de relaciones jurídicas *pseudo* socializado, es un espacio de ‘cooperación forzada’ entre partes formalmente iguales y sustantivamente desiguales. Mercado que por demás, no promueve la emancipación y la satisfacción de nuevos espacios de libertad individual – como expresión clásica liberal –. La tónica de la ‘forzada cooperación ordoliberal’ como instrumento de pacificación social y de asimilación al ‘*ordine proprietario*’, es un elemento de ruptura con la tradicional concepción del mercado liberal como

⁸⁹ “*Portando così a maturazione i propositi del costituente repubblicano, che aveva concepito un sistema di diritti sociali in funzione emancipatore, intesi cioè come precisazione del principio di parità sostanziale, tale in quanto combinato con un espresso obbligo di intervento dei poteri pubblici, tenuti a rimuovere gli impedimenti alla realizzazione della parità. Un obbligo con cui rimarcare il superamento fascista, che conosceva un sistema di prestazioni sociali, utilizzato tuttavia come mero strumento di pacificazione e inclusione forzata nell’ordine proprietario divenuto totalitario. Un obbligo, ancora, concernente i rapporti tra lo Stato e l’individuo, così come i rapporti interindividuali, quindi il modo di essere delle relazioni interne al mercato, oltre a quelle collocate fuori dai suoi confini.*”, Somma, Alessandro, *Democrazia economica e Diritto privato. Contributo alla riflessione sui beni comuni*, cit., p. 1.

⁹⁰ “*Il costituzionalismo a misura di Stato sociale, promuovendo la solidarietà con e tra i cittadini, prescrive invero forme di intervento volte a realizzare, oltre ad un sistema di allocazione delle risorse sottratto al mercato, anche forme di conformazione del mercato, destinate a concretizzare la parità sostanziale tra le parti delle relazioni a contenuto economico.*”, Somma, Alessandro, *Soft law e hard law nella costruzione del diritto privato europeo*, en Somma, Alessandro (elaborado por) *Soft Law e hard law nelle società postmoderne*, cit., p. 171.

⁹¹ Somma, Alessandro, *Economia di razza. Dal fascismo alla cittadinanza europea*, cit., p. 15.

espacio de ‘cooperación voluntaria’, que tiene su origen en la construcción de crecientes ‘estados de necesidades’ que deben ser satisfechos ‘necesariamente y exclusivamente’ a través del ‘absorbente’ mecanismo del mercado que domina toda la actividad económica.

El Estado protector neoliberal *misiano*, en cuanto a ser garante necesario y coercitivo de las precondiciones normativas que garantizasen el funcionamiento del mercado y la interacción ‘voluntaria’ de los individuos en el espacio del mercado ‘sin interferencias’, es de naturaleza autoritaria y funcional al funcionamiento del mercado soberano. Estado mínimo y protector *misiano* del mercado neoliberal, similar en sus funciones gendarmes al tipo de Estado ordoliberal germano, y a su corolario de ‘mercado constitucional ordenado’⁹². Estado ordoliberal germano como versión de un ‘liberalismo restringido’, según la crítica neoliberal, que lo acerca en su visión determinística sobre el funcionamiento social al funcionamiento de los estados autoritarios⁹³.

⁹² Mises, Ludwig, *Human action – A treatise on economics*, New Haven, Yale University Press. 1949. p. 258.

⁹³ Watrin, Christian, Alfred Müller-Armack: Economic Policy Maker and Sociologist of Religion, en Peter Koslowski, *The Theory of Capitalism in the German Economic Tradition: Historism, Ordo-liberalism, Critical Theory, solidarism*, Berlín. 2000. pp. 199 - 210.

2.1–LA REPÚBLICA FEDERAL ALEMANA. LA LEY FUNDAMENTAL (LEY DE BONN).

La Ley Fundamental de la República Federal de Alemania – *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* – fue promulgada el 23 de mayo de 1949 para la parte occidental del país ocupado por las potencias capitalistas vencedoras, que incluyó la parte occidental de Berlín dividido posteriormente por el ‘telón de acero’ – 45 kilómetros de piedras, alambradas y concreto definieron la frontera intra alemana desde el 13 de agosto de 1961 hasta el 9 de noviembre de 1989 – en el marco de la Guerra fría. El concepto de ‘economía social de mercado’ designa explícitamente, abiertamente y míticamente – aunque no constitucionalmente – el orden económico vigente en la República Federal de Alemania, que a su vez encuentra una débil pero eficaz expresión constitucional a través del artículo 20, que refiere lo siguiente: “*la República Federal de Alemania es un Estado de derecho federal, social y democrático*”.

La Ley Fundamental alemana, vigente y aprobada en el año 1949, estableció un elenco de derechos fundamentales en sus primeros 19 artículos; sin embargo, hubo una explícita renuncia inicial a la constatación expresa de tutelar los derechos sociales colectivos de los ciudadanos. La justificación inicial y esencial fue la consideración otorgada de provisoriedad a la norma jurídica aprobada, hasta tanto se estableciera la unificación de todo el territorio nacional. No obstante, luego del 3 de octubre del año 1990 – día de la reunificación del país y de la solución de la ‘cuestión alemana’ que marcó la cancelación de los últimos rezagos históricos de la derrota de Alemania en la Segunda guerra mundial, y la total recuperación de la soberanía alemana –, no se produjo ninguna modificación al elenco de los ‘derechos fundamentales’ individuales y la única referencia al elemento ‘social’ continuó siendo el artículo 20 de la constitución. Este devenir de los acontecimientos puede arrojar dudas sobre las verdaderas causas iniciales de la omisión constitucional, y dudas sobre la naturaleza del proceso de reunificación, devenido en una fusión por absorción, y más dudas sobre la verdadera voluntad política actual para constitucionalizar un bloque de los derechos sociales. “*Como en general Bonn nunca cuestionó la pretensión de representación exclusiva de Alemania, se reemplazó consecuentemente la votación exigida en 1949 en el artículo 146 de la constitución sobre una constitución común en caso de reunificación, por el simple ingreso de la RDA al campo de aplicación de la constitución: “en concordancia con la doctrina vigente por décadas de la identidad de la república Federal de Alemania occidental con el estado alemán total, el ingreso de la RDA, según el artículo 23 de la constitución (versión antigua), no cambió en nada la identidad alemana por derecho internacional,*

sino que solamente amplió su territorio” ⁹⁴.

Además, la Ley Fundamental alemana no recoge la fórmula ‘economía social de mercado’ ⁹⁵ y sólo al momento del Tratado de la Unión Económica y Monetaria, firmado bilateralmente el 18 de mayo de 1990, se hizo mención del modelo económico social que debía regir el funcionamiento del Estado germano unificado – la fórmula ‘economía social de mercado’–. La no constitucionalización de la fórmula ‘economía social de mercado’ exime a sus propios fundadores – y a sus seguidores – de la necesidad de su más exacta conceptualización y – lo que es más importante – de su más ajustado cumplimiento. La no constitucionalización jurídica de la ‘economía social de mercado’ equivale a hacer de ella una fórmula cultural de penetración, ajustable a disímiles contextos sociales, sin que se pierda la denominación de origen alemán como eje de referencia inmediata y mediática, y sin vulnerar el orden constitucional del Estado de derecho. La ‘omisión’ constitucional a la cuestión ‘social’ ha sido en buena parte resuelta por la actividad interpretativa del Tribunal Constitucional Federal que tiene el monopolio de la interpretación de la Ley Fundamental alemana ⁹⁶ en todos los órdenes jurisdiccionales – ⁹⁷, básicamente a partir de la referencia a la ‘intangibilidad de la dignidad humana’, a cuyo deber de respeto y protección están abocados todos los poderes estatales según lo establece el artículo primero

⁹⁴ Roper, Erich, *Los hermanos y las hermanas inferiores*, en, *Alemania en el Siglo XX*. Universidad de los Andes, Facultad de ciencias sociales, Bogotá, DC Colombia. 2009, p. 226.

⁹⁵ “*Es a esto a lo que se hace mención cuando el Tribunal Constitucional Federal ha expresado que la Ley Fundamental es neutral frente a la política económica, el legislador puede seguir cualquier política económica que le parezca adecuada, siempre y cuando acate la Ley Fundamental y, en especial, los derechos fundamentales.*”, Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe. Sentencia BVerfGE 50, 290 [Ley de Cogestión de los Trabajadores]. cit., p. 47.

⁹⁶ “*Aquí se señala que la función de un defensor de la Constitución, institucionalizado estatalmente, es ante todo, también, de interpretación. Se trata de analizar a la luz de la Constitución los nuevos desarrollos y de integrar las concepciones existentes a los nuevos procesos sociales. En forma breve, los artículos constitucionales formulados concisamente, requieren de una concreción. En Alemania esta función la ha cumplido en forma decisiva el Tribunal Constitucional Federal con sede en Karlsruhe (Baden-Württemberg), que se reconoce hoy en día como verdadero “defensor de la Constitución”. En sus más de cincuenta años de existencia, esa institución se ha convertido, en el suelo alemán, en el fundamento básico de una democracia y de un Estado de Derecho estable. (...) Los jueces constitucionales tienen la última palabra en todas las preguntas de la interpretación de la Ley Fundamental. Deciden con fuerza constitucional, cómo se debe responder una cuestión constitucional en caso de diferencias de opinión y de conflictos de competencia entre los órganos constitucionales. En esta medida el Tribunal Constitucional Federal como el máximo órgano de solución de controversias, se encuentra por encima de todas las instancias estatales. Dispone de un poder de control constitucional ilimitado frente a los tres órganos del poder estatal. Sus decisiones vinculan a los tres poderes del Estado, son inimpugnables, y poseen en los casos particulares, fuerza de ley objetiva.*”, Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe. Prólogo de la primera edición, por Jan Woischnik. Programa de Estado de Derecho para América Latina., cit. p. 26.

⁹⁷ Comba, M. E. (elaborado por), *Diritti e confini. Dalle costituzioni nazionali alla Carta di Nizza*. Edizioni di Comunità. 2002. pp. 106 – 122.

de la Ley Fundamental – principio de inalienabilidad de la dignidad humana –.

El Tribunal Constitucional Federal alemán ha definido jerárquicamente a la ‘dignidad humana’ como ‘el valor jurídico más alto’ según una categorización superior⁹⁸, en referencia al resto de los derechos fundamentales, y por lo cual ha quedado ‘blindada’ al no poder ser reducida – art. 19.2⁹⁹ – y al no poder ser objeto de reforma constitucional en virtud del propio artículo 20 de la Ley Fundamental¹⁰⁰, en relación este último con el artículo 79 en sede de revisión constitucional¹⁰¹ – una ‘cláusula de eternidad’ (art. 79.3) que impide la modificación de los principios formulados en los primeros veinte artículos de la Ley Fundamental –. De este modo la labor de interpretación y de creación del Derecho por parte del Tribunal Constitucional Federal¹⁰² – unido a la obra doctrinal alemana – ha consentido en la posibilidad de perseguir el objetivo de la ‘justicia social’ como elemento intrínseco al elenco de los derechos fundamentales individuales establecidos en la Ley Fundamental¹⁰³. Estos a su vez,

⁹⁸ Art. 1 - *[Protección de la dignidad humana, vinculación del poder estatal a los derechos fundamentales]* (1) La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público. (2) El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo. (3) Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable.

⁹⁹ Art. 19 – *[Restricción de los derechos fundamentales]*. 2-) En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial.

¹⁰⁰ Art. 20 - *[Fundamentos del orden estatal, derecho de resistencia]*. 1-) La República Federal de Alemania es un Estado federal, democrático y social.

¹⁰¹ Art. 79 - *[Reforma de la Ley Fundamental]*. 3-) No está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental que afecte la organización de la Federación en Länder, o el principio de la participación de los Länder en la legislación, o los principios enunciados en los artículos 1 y 20.

¹⁰² “*El que el Art. 1 de la Ley Fundamental, conocido como el principio de la inalienabilidad de la dignidad humana, no pueda ser modificado mediante una reforma constitucional, tal y como lo dispone el Art. 79, párrafo 3 de la Ley Fundamental, dependerá ante todo de las circunstancias en las cuales se considere violada la dignidad humana. Evidentemente esto no se puede establecer en forma general, sino siempre atendiendo al caso en concreto.*”, Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe. Sentencia de la Segunda Sala, del 15 de diciembre, 1970 –2 BvF 1/69, 2 BvR 629/68 y 308/69–. cit., p. 54.

¹⁰³ “*La función del Tribunal Constitucional es la concreción de la Constitución mediante su interpretación. De este modo su labor se desarrolla no sólo en el campo del conocimiento del derecho, sino también en el de la creación. De ahí que en el centro de su jurisprudencia se encuentre la protección de los derechos fundamentales. El tribunal determina las diferentes funciones de un derecho fundamental y le da siempre prevalencia a aquella interpretación que despliega en forma más fuerte la efectividad jurídica de la respectiva norma. El Tribunal Constitucional Federal ha entendido y estructurado los derechos fundamentales no sólo como un derecho de defensa subjetivo determinado, del ciudadano frente al poder público, sino además, como un orden de valores objetivo. Este orden de valores reconoce la protección de la libertad y la dignidad humana como el fin supremo del derecho y permea jurídica y objetivamente la totalidad del ordenamiento legal. De ahí que el Tribunal Constitucional Federal no sólo haya interpretado, estructurado y ocasionalmente ampliado los derechos fundamentales en forma individual, sino que además ha estructurado la totalidad*

quedan ‘obligados’ – art. 1.2 – a evolucionar ‘a la par’ de los derechos ‘fundamentales’ reconocidos internacionalmente – como por ejemplo, la Convención Europea de Derechos del hombre –.

De este modo y en sentido estrictamente ‘positivista’, en el orden normativo ‘ordoliberal’ germano no se encuentran ‘constitucionalizados’ ni el modelo económico – social de ‘economía social de mercado’, ni los derechos sociales ‘colectivos’ de los ciudadanos. No obstante, ambas realidades son innegables y reciben la tutela ‘subsidiaria’ del resto de las instituciones jurídicas, políticas y culturales alemanas. Esta ‘no’ constitucionalidad del modelo económico y la ‘no’ constitucionalidad de los derechos sociales colectivos también pudiera ser una característica de la ‘excepcionalidad’ del camino histórico germano, abocado a improvisarse y a repensarse constantemente, según las relaciones de fuerzas internacionales y la evolución de la realidad nacional.

Tal pareciera que la política exterior germana está marcada por el resultado de la dolorosa experiencia sufrida por las históricas derrotas militares, y por la búsqueda de la disciplina, el orden y el equilibrio social al interno de la realidad nacional – aún y a costa de su entorno geográfico, aún y a costa del espacio europeo. *“La integración europea y la reunificación han estado indisolublemente entrelazadas entre sí desde 1989. En la exitosa conjunción de las uniones alemana y europea puede verse, incluso, uno de los realmente extraños casos en los que se han armonizado totalmente la programática política, la actuación política y los efectos a largo plazo.”*

La República Federal Alemana, igualmente, le ha dado entrada en su ‘constitución’ a la Unión Europea, a través de la redacción de su artículo 23.1 de su ‘Ley Fundamental’: *“Para la realización de una Europa unida, la República Federal de Alemania contribuirá al desarrollo de la Unión Europea que está obligada a la salvaguardia de los principios democrático, del Estado de Derecho, social y federativo y del principio de subsidiaridad y garantiza una protección de los derechos fundamentales comparable en lo esencial a la asegurada por la presente Ley Fundamental. A tal efecto, la Federación podrá transferir derechos de soberanía por una ley que requiere la aprobación del Bundesrat. Los apartados 2 y 3 del artículo 79 se aplican a la creación de la Unión Europea, al igual que a las reformas de los tratados constitutivos y a toda normativa análoga mediante la cual la presente Ley Fundamental sea reformada o completada en su contenido o hagan posible tales reformas o complementaciones.”* La redacción de este artículo no parece ser la de una Constitución

del sistema de derechos fundamentales en un complejo cerrado de valores y garantías.(...) Es así como dentro de los procesos pendientes el mayor espacio lo ocupan los recursos de amparo (Verfassungsbeschwerde): de 136 622 solicitudes entre 1951 y 2001, 131 445 fueron recursos de amparo.”, Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe. Prólogo de la primera edición, por Jan Woischnik. cit., p. 27.

nacional que se somete, o da entrada, al contenido de un Tratado internacional. Pareciere lo contrario, la redacción constitucional alemana somete y obliga a la Unión Europea.

La Alemania ‘reunificada’ no es una democracia postnacional entre otras naciones. Es una nación democrática postclásica, entre otras. “*El término postclásico significa formar parte de la comunidad supranacional que es la Unión europea y, además, estar dispuesto a acceder a una repartición de la soberanía entre la Unión y el estado nacional. La unión política de Europa será, en palabras de Jacques Delors, una “confederación de estados–nación” (“fédération d’etats–nations”). Los alemanes hacen bien en dejar atrás la fórmula especial postnacional que se volvió anacrónica, fórmula que en el exterior fue percibida como arrogancia y que produjo desconfianza. Se requiere tener una fórmula europea que se ajuste a la finalidad del proceso europeo de unificación*¹⁰⁴.”

Particularmente es crítico el discurso del profesor SOMMA en cuanto al abandono y distanciamiento que practica la Ley Fundamental del resto del constitucionalismo europeo de *dopo* guerra¹⁰⁵, al no haber realizado una previsión explícita de los derechos sociales en clave emancipatoria, y al no haber establecido la obligación de los poderes públicos de eliminar los obstáculos que impiden la mejor realización de la ‘*parità sostanziale*’ – y no solamente la igualdad formal civilística del ochocientos –. Por ejemplo, es significativa la ‘indiferencia’ de la ‘Constitución alemana’ en cuanto a las obligaciones del estado – y del resto de los poderes públicos – en particular con respecto a la redacción del texto de la Constitución italiana, elaborada dos años antes a la promulgación de la ‘Constitución *tedesca*’, de modo que la Constitución italiana, en sus artículos 2 y 3 se expresa, respectivamente, en términos de exigir “*el cumplimiento de los deberes inexcusables de solidaridad política, económica y social*”; y de remoción de “*los obstáculos de orden económico y social que, limitando el derecho a la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país.*”

Téngase en cuenta que la efectiva elaboración de un elenco de derechos sociales, fue una respuesta constitucionalista y garantista de las democracias europeas, en particular, a la experiencia totalitaria del nazismo alemán. Empero, los derechos sociales no quedaron recogidos por la Ley Fundamental de Bonn, por su auto consideración de provisionalidad. Provisionalidad eternizada, y no confirmada por

¹⁰⁴ Winkler, Heinrich, A., *El fin de todos los caminos especiales*, en *Alemania en el Siglo XX*. Universidad de los Andes, Facultad de ciencias sociales, Bogotá, DC Colombia. 2009, p. 304.

¹⁰⁵ Somma, Alessandro, *Diritto comunitario e patrimonio costituzionale europeo: crónica di un conflitto insanabile*, rivista Política del Diritto. 2004.

los sucesos históricos posteriores.

Las ‘lagunas constitucionales’ alemanas, nunca cubiertas por las reformas constitucionales posteriores, según el discurso del profesor SOMMA – que es compartido por el autor de esta tesis –, han requerido el énfasis constitucional y de la interpretación del Tribunal Constitucional con el cual se invoca la tutela de la dignidad humana y el “*riferimento scarno e sibillino*” a la Alemania como ‘*estado federal, democrático y social*’¹⁰⁶.

2.2–LA UNIÓN EUROPEA. EL TRATADO DE LISBOA.

La República Federal Alemana ha desempeñado un rol fundamental y dominante en la formación de la Unión Europea, tanto en la estructuración y conformación de las instituciones europeas, como en la recepción del principio de la subsidiariedad como eje fundamental para resolver el conflicto vertical de competencias concurrentes¹⁰⁷.

En cuanto a los referentes normativos que han incorporado los valores ordoliberales a nivel constitucional, puede citarse la formalización alcanzada en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que vino a sustituir el malogrado proyecto constitucional comunitario.

Vale la pena destacar, a modo de paradoja con lo anteriormente expuesto, que la incorporación de la mencionada ‘fórmula ordoliberal’ en el artículo 3 del proyecto de Constitución, como un objetivo de la Unión, surgió como propuesta del Grupo XI de trabajo ocupado de la ‘Europa social’ y no como hubiese sido posible esperar, proveniente del Grupo encargado de la formulación de la ‘gobernanza económica’. Para el Grupo XI ocupado de la ‘Europa social’, la incorporación de la ‘economía social de mercado’ debía ser expresión de la exigencia de la vinculación y de la funcionalización entre los objetivos sociales y los medios económicos, y no como el resultado de una subordinación de los primeros a los segundos¹⁰⁸. En definitiva, valga decir que un ‘no concepto’ como el de la ‘economía social de mercado’, con raíces históricas provenientes del período nazi alemán, no puede quedar sujeto y no puede ser alterado sustancialmente por la interpretación proveniente de un Grupo de trabajo parlamentario, por cuanto en el pensamiento y en la doctrina ordoliberal el elemento social se presenta

¹⁰⁶ Somma, Alessandro, *Democrazia economica e Diritto privato. Contributo alla riflessione sui beni comuni*, cit., p. 17.

¹⁰⁷ Moscarini, Anna, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti*, CEDAM, Padova, 2003. pp. 36 e ss.

¹⁰⁸ Miccú, R., *Finalismo dell’Unione ed economia sociale di mercato: modello (obsoleto) o principio speranza del costituzionalismo europeo?*, cit. p. 135.

como claramente subalterno, marginal e incapaz de condicionar el funcionamiento del mercado.

En el pensamiento ordoliberal la legitimación productivista del sistema económico es la base estructural de la legitimidad política de toda la sociedad, por cuanto en abandono de políticas redistributivas sociales, asume que el crecimiento económico es la garantía del bienestar de la colectividad social. En este sentido, la intervención económica del estado, asume un rol central en la constitución económica, y tiene la función de velar y de reducir a través del sistema de las prestaciones sociales individuales, los sectores marginales que resultan excluidos del proceso del mercado, a fin de reciclarlos y coordinarlos nuevamente con el resto de las fuerzas productivas en función de los intereses sistémicos y la sostenibilidad del modelo a largo plazo.

Según lo expuesto en el párrafo anterior, y siguiendo la clasificación de formas de *welfarismo* en el derecho europeo de contratos, elaborada por el profesor Thomas WILHELMSSON, pudiera considerarse que el ordoliberalismo, en su versión de economía social de mercado, se corresponde con un '*welfarismo di razionalizzazione del mercato*'¹⁰⁹, que efectivamente, mira a valorizar la autonomía privada y el funcionamiento del mercado, estableciendo la obligación de 'informar' al contrayente débil y compulsando a la 'cooperación' entre las partes, bien al interno de la sociedad en su conjunto, o bien al interno de una relación jurídica. En todo caso, esta propuesta de clasificación de la 'economía social de mercado' como *welfarismo di razionalizzazione del mercato* se realiza por exclusión y obedece a la cuestión de que al ordoliberalismo, en su lógica económica y liberista de orden racional, le es extraña cualquier consideración de justicia sustancial, de redistribución de ventajas colectivas a favor de determinados sectores o categorías de sujetos – considerados 'débiles' en determinadas relaciones sociales – , y le es ajena la intervención al interno del mecanismo de mercado ante 'estados de necesidad' – *welfarismo di razionalizzazione incentrata sul bisogno* – . Esta última cuestión – la gestión del estado de necesidad – la resuelve el ordoliberalismo por fuera del mecanismo del mercado, accionando los resortes estatales del mecanismo fiscal en los que se asienta la solidaridad vertical entre estado e individuo, y por ende, ajena a las disposiciones del Derecho privado de contratos, centrado sobre la concepción privada de la justicia conmutativa.

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, como expresión de una política global alemana y de aplicación de un proyecto pangermánico europeo, asume una redacción elocuente en cuanto a lo anteriormente expuesto. Si bien es cierto que desde el enfoque políticamente correcto del constitucionalismo liberal, el Tratado de Lisboa delinea un sistema de valores fundamentales centrado

¹⁰⁹ Wilhelmsson, Thomas, *Le diverse forme di welfarismo nel diritto europeo dei contratti*, en, Somma Alessandro, *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*, G. Giappichelli Editore, Torino. 2007. p. 284.

en los derechos civiles y en los derechos de tercera generación, es también cierto que la redacción del artículo 3 en su numeral 3, puede camuflar la escasa atención prestada al constitucionalismo del Estado social¹¹⁰. En cualquier caso, la redacción se corresponde con una síntesis de términos opuestos, sólo comprensible en una lógica postmoderna de gestión del poder mediante la promoción de modelos cooperativos de convivencia social, bajo el enunciado de la fórmula de la ‘economía social de mercado’.

La redacción del artículo 3, numeral 3 del Tratado de Lisboa es la siguiente, y el orden de exposición de materias no debe ser casual, como no lo son los verbos empleados para cada cuestión¹¹¹:

“La Unión establecerá un mercado interior. Obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico.

La Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño.

La Unión fomentará la cohesión económica, social y territorial y la solidaridad entre los Estados miembros.

La Unión respetará la riqueza de su diversidad cultural y lingüística y velará por la conservación y el desarrollo del patrimonio cultural europeo.

Este tipo de discurso ordoliberal comunitario europeo, asentado sobre un modelo de ‘economía social de mercado altamente competitiva’ como fórmula funcional constitucional que debe expresar el compromiso crítico entre los poderes públicos del estado y el mercado, rompe el equilibrio entre los valores económicos y sociales propios del estado de *welfare*, constitucionalizados según la tradición cultural europea de la segunda mitad del siglo XX, a favor de priorizar el funcionamiento liberista del mercado interior, el crecimiento económico, el control monetario y la estabilidad de los precios propios del conservadurismo neoliberal que se consolidó luego de los sucesos de los años 90 del siglo anterior. Todo lo cual se reproduce y se promociona intelectualmente desde la Konrad Adenauer

¹¹⁰ Somma, Alessandro., *Introducción crítica al Derecho europeo de los contratos*”, Marcial Pons, 2008. p. 25.

¹¹¹ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea – Tratado de Lisboa 2007 -. (El subrayado es nuestro). Disponible en, http://europa.eu/lisbon_treaty/full_text/index_es.htm

Stiftung en América Latina – siempre enmarcado en la retórica discursiva de la familia neoliberal – en forma de progreso y de civilización occidental, garantizando la promoción ideológica de conocimientos técnicos, la difusión mediática de los valores europeos y la adaptación intelectual del pensamiento ordoliberal a las cambiantes circunstancias estructurales en las que se asienta el actual orden internacional.

La comprensión del ordoliberalismo como parte integrante de un haz de tendencias y de pensamientos de hegemonía de matriz neoliberal – hegemonía en el sentido de sistema de reglas que cuenta con un alto grado de aceptación, y que raramente se apoya en la fuerza – no puede ser visto como una doctrina monolítica sino como un ‘propio pluralismo neoliberal’, cuya comprensión requiere, además, del estudio de la proliferación en los últimos 20 años de redes de *think tank* y de nuevos agentes estructurales neoliberales, como es el caso pionero y fundador de la Konrad Adenauer *Stiftung*, que han devenido en agentes imprescindibles de la agenda de la globalización.

A lo expuesto anteriormente sobre el Tratado de Lisboa, súmese la redacción del artículo 119, que viene a reproducir la redacción inicial del Tratado de Maastricht de 1992, en cuanto a perseguir los objetivos comunitarios a través de un sistema económico fundado sobre una ‘economía de mercado abierta y de libre competencia’: *“Para alcanzar los fines enunciados en el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea, la acción de los Estados miembros y de la Unión incluirá, en las condiciones previstas en los Tratados, la adopción de una política económica que se basará en la estrecha coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros, en el mercado interior y en la definición de objetivos comunes, y que se llevará a cabo de conformidad con el respeto al principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia.”*

De modo que a partir de una instrumental aproximación pragmática del texto, no existe ninguna contradicción en cuanto a la positivización del modelo económico de la Unión Europea a partir de las fórmulas de ‘*una economía social de mercado altamente competitiva*’ enunciada en el artículo 3 del Tratado, y la redacción del artículo 119 en cuanto a ‘*el respeto al principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia*’.

Es esta la condición de ambigüedad que va a caracterizar el discurso que se promueve desde la élite del poder para flexibilizar, funcionalizar e instrumentalizar oportunistamente cada uno de los escenarios sociales concretos, de modo que el sistema económico a cada una de las escalas locales, nacionales, regionales y global, pueda articularse según las necesidades y contingencias de cada momento. En este sentido, el ‘Derecho positivo’ se presta tanto como elemento de legalidad que como elemento de legitimación, en ausencia de otros mecanismos democráticos del actual ‘gobierno mundial’. Y la

fórmula ‘economía social de mercado’ es un concepto híbrido que gira entre el circuito económico y el circuito político, de modo que permite ‘compensar’ cualquier desequilibrio social sin tener que básicamente alterar significativamente el modelo económico, el orden constitucional y el *status quo* imperante.

2.3–LAS REPÚBLICAS EX SOCIALISTAS DE EUROPA.

Otro ejemplo interesante en el contexto comunitario europeo es el proveniente del campo de los países *ex* socialistas de Europa central y oriental. La ‘ordoliberalización’ constitucional como mecanismo de sustitución y superación de los ‘sistemas socialistas’ se ha mostrado mucho más eficaz que la ‘violenta política de germanización’ practicada históricamente desde Alemania sobre los países de la Europa central y oriental¹¹².

2.3.1 LA VIGENTE CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE POLONIA.

Tal es el caso de la República de Polonia, que ha afrontado un cambio radical en el diseño normativo de su modelo social, lo cual le ha valido para la elaboración de un nuevo catálogo de derechos, de libertades individuales y de deberes, tanto en la esfera económica como en la actividad social. La República de Polonia se ha mostrado, reiteradamente a partir de un arraigado sentimiento ‘nacionalista’, en confrontación con las políticas y posiciones de las autoridades comunitaristas europeas – Comisión Europea y el Parlamento Europeo –; no obstante lo cual, ha abrazado constitucionalmente la fórmula de la ‘economía social de mercado’.

La Constitución actual de la República de Polonia fue aprobada el 2 de abril de 1997 por la Asamblea Nacional, y entró en vigor el 17 de octubre del propio año. En el capítulo I de la constitución, bajo el título de *la República*, se encuentra una definición de valores que constituyen la base del modelo económico de la República polaca. El artículo 20 menciona expresamente, como base del modelo económico, la fórmula de la ‘economía social de mercado’¹¹³. Además contempla la libertad de actividad económica, la defensa de la propiedad privada, la solidaridad, el diálogo y la colaboración

¹¹² Wehler, Hans Ulrich, *La “protocatástrofe del siglo XX”. La primera guerra mundial como punto inicial y modelo de la segunda guerra mundial*, cit. p. 19.

¹¹³ “Article 20 - A social market economy, based on the freedom of economic activity, private ownership, and solidarity, dialogue and cooperation between social partners, shall be the basis of the economic system of the Republic of Poland”, Disponible en, <http://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm>.

entre las partes sociales. Más adelante, el artículo 76 de la constitución recoge que el Estado salvaguarda y protege a los consumidores y combate las prácticas deshonestas del mercado¹¹⁴.

2.3.2 APUNTES CONSTITUCIONALES SOBRE LA REPÚBLICA DE HUNGRÍA.

Otro caso de manifestación ordoliberal, proveniente de la fuerte influencia alemana sobre la región de la Europa central, se encuentra en la modificación constitucional realizada durante el período de transición de la República de Hungría, declarada según su artículo 2 como “*estado soberano y democrático de derecho*”, y cuyo preámbulo constitucional de apenas tres líneas, expresamente menciona la fórmula de la ‘economía social de mercado’: “*Para favorecer la transición política pacífica a un Estado de Derecho que hiciera realidad el sistema de pluralismo político, la democracia parlamentaria y la economía social de mercado, la Asamblea Nacional – hasta la aprobación de la nueva Constitución de nuestra patria– determina el texto de la Constitución de Hungría en los siguientes términos:*”

La mención constitucional de la ‘economía social de mercado’, como se ha expuesto anteriormente, no se muestra incompatible con la centralidad del mercado y la ley de la competencia como elementos fundantes de la constitución económica húngara. Todo lo contrario. Por ello el artículo 9 de la reforma constitucional, quedó redactado en los siguientes términos: “*La economía de Hungría será una economía de mercado en la cual la propiedad pública y privada serán iguales ante la ley y gozarán de la misma protección. La República Húngara reconocerá y favorecerá el derecho a las actividades empresariales y la libre competencia económica.*” Y para mayor perplejidad aún, el texto del artículo 19 de la constitución, tal como quedó reformada en el año 1989¹¹⁵, mencionaba entre las atribuciones de la Asamblea nacional “*determinar la planificación socio-económica del país*”.

Actualmente Hungría ha aprobado un nuevo texto constitucional, con fecha de entrada en vigor el 1 de enero del año 2012, que por razones de nuestro objeto de estudio no será analizado; sólo mencionar que el nuevo texto constitucional ha levantado polémicas al interno de la Unión Europea por un fuerte giro hacia la ultraderecha conservadora. El nuevo texto constitucional, aprobado en el parlamento por

¹¹⁴ “*Article 76 - Public authorities shall protect consumers, customers, hirers or lessees against activities threatening their health, privacy and safety, as well as against dishonest market practices. The scope of such protection shall be specified by statute.*” Disponible en, <http://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm>.

¹¹⁵ Texto refundido resultante de las modificaciones introducidas en el texto de la Ley número XX. del año 1949, en vigor el día 31 de diciembre de 1987, por las Leyes I, VIII, y XXXI, todas del año 1989. Disponible en, http://www.kum.hu/kulkepviselet/ES/es/es_magyarorszag+a+vilagban/La+Constituci%C3%B3n.htm

una ‘mayoría histórica’, básicamente modifica la denominación de la nación, que comenzará a llamarse Hungría en vez de República de Hungría. Se reconoce el papel de la cristiandad por cuanto la religión es factor importante en la preservación de la nación húngara y se establece la colaboración del Estado con la Iglesia. Se rechaza la Constitución del período comunista – 1949 – 1989 y se considera que legalmente el periodo de ocupación comunista (1944–1990) no existió¹¹⁶. La nueva Constitución modifica también el proceso de aprobación legislativo que necesitará de dos tercios de los votos del Parlamento, lo que se interpreta con razón, como un intento de blindar las leyes aprobadas por una ‘mayoría histórica’.

La nueva constitución húngara aprobada no menciona explícitamente la fórmula ‘economía social de mercado’, no obstante en los dos numerales del artículo ‘M’ del texto constitucional, se refieren a la libertad de empresa, a la responsabilidad del Estado húngaro en cuanto a la creación de condiciones para asegurar la leal competencia económica, a la lucha contra los monopolios y el abuso de la situación dominante, así como a la defensa del derecho de los consumidores¹¹⁷. Igualmente se pronuncia en cuanto al equilibrio, la sostenibilidad y la transparencia en la gestión del presupuesto anual del Estado.

De este modo, se pone de manifiesto que la fórmula ‘economía social de mercado’ se ha mostrado particularmente ‘útil’ para los procesos de transición de los sistemas políticos de matriz ‘totalitaria comunista’, que han evolucionado a modelos liberales ‘democráticos occidentales’.

2.3.3 EL PROYECTO DE CONSTITUCIÓN DE LA FEDERACIÓN DE RUSIA, DE 1992.

Es el caso del proyecto constitucional de la Federación rusa, del año 1992¹¹⁸, donde además de la definición del modelo económico ordoliberal, se incluía a continuación un artículo referido a la

¹¹⁶ “We do not recognise the suspension of our historical constitution due to foreign occupations. We deny any statute of limitations for the inhuman crimes committed against the Hungarian nation and its citizens under the national socialist and communist dictatorships. We do not recognise the communist constitution of 1949, since it was the basis for tyrannical rule, therefore we proclaim it to be invalid.”, Disponible en, <http://www.kormany.hu/download/4/c3/30000/THE%20FUNDAMENTAL%20LAW%20OF%20HUNGARY.pdf>

¹¹⁷ “Article M - (1) The economy of Hungary shall be based on work which creates value and freedom of enterprise. (2) Hungary shall ensure the conditions for fair economic competition, act against any abuse of a dominant position, and shall defend the rights of consumers.”, Disponible en, <http://www.kormany.hu/download/4/c3/30000/THE%20FUNDAMENTAL%20LAW%20OF%20HUNGARY.pdf>

¹¹⁸ “El proyecto constitucional de 13 de noviembre de 1992 de la Federación rusa intenta en el artículo 9.1 una definición legal: “The social market economy where there is freedom of economic activity, entrepreneurship and labour, diversity and equality of forms of property, their legal protection, fair competition, and public benefits shall constitute the basis of the economy of the Russian Federation”, Häberle, Peter, *Siete tesis para una teoría constitucional del Mercado*, cit. p. 20.

cooperación social que evidencia el carácter organicista del modelo: “*Art. 9.3 – economic relations shall be built on social partnership between man and the State, the worker and the employer, the producer and consumer.*”

2.4 LAS CONSTITUCIONES ORDOLIBERALES DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ.

No menos interesante es la referencia constitucional peruana al modelo económico, que será abordado en la Tercera parte de la tesis. La pionera formulación constitucional del modelo de la ‘economía social de mercado’ en la República del Perú, data del año 1978 y quedó contenido en el Título III – Del régimen Económico –, Capítulo 1 – Principios Generales –, del siguiente modo:

“Artículo 115. La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. El Estado estimula y reglamenta su ejercicio para armonizarlo con el interés social.”

Esta formulación quedó consignada igualmente en la posterior modificación constitucional y vigente del año 1993 en la República del Perú, que consagró en su artículo 58 – con idéntica sistemática que la constitución de 1979 al incluir los Principios Generales del Régimen Económico – la fórmula de la economía social de mercado del siguiente modo:

Artículo 58°. –La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

Debe explicitarse que se está en sede de las manifestaciones de un proceso de circulación de modelos jurídicos y culturales de dominación ‘post neocolonial’, en el cual las antiguas metrópolis, ancladas en su posición de privilegio, exportan sus instituciones públicas y privadas a los países tercermundistas de una manera pública y notoria – sus instituciones económicas, jurídicas y democráticas que conforman un conjunto sólido de garantías de sustentabilidad social y de reproducción global del esquema de jerarquías de los valores occidentales –; empero, también exportan y descargan, de una manera sutil, silenciosa y continuada, sus crisis institucionales y los resultados negativos de sus ejercicios económicos. De modo que ‘la sustentabilidad y la sostenibilidad de la postmodernidad del Norte descansa, todavía, en la precariedad insostenible de la tardía modernidad del Sur’¹¹⁹. “*El Tercer*

¹¹⁹“*Il colonialismo ha infatti tipicamente consentito o agevolato l’approvvigionamento di materie prime e l’incremento della domanda di beni e servizi, finalità che il fascismo contribuì non poco a naturalizzare e con ciò a legittimare. Soprattutto il colonialismo rese possibile ipotizzare quanto fu posto alla base del pensiero fisiocratico e dei suoi sviluppi: l’idea di un arricchimento illimitato dell’area europea, necessariamente fondato sull’impoverimento delle aree*

Mundo aparece como un mercado sucursalizado o como un centro emisor mimético. No se le ha dejado en condiciones de connotar la conciencia de sus propias necesidades, tener una imagen de sí mismo y combatir porque no sea succionada su identidad”¹²⁰.

De particular interés para el posterior discurso de esta tesis, según el orden de exposición, es el caso de la República de Perú, en el cual coinciden estos tres elementos de análisis: la ‘gobernanza’, el ‘soft law’ y la ‘economía social de mercado’. En la República del Perú está presente la labor de la Konrad Adenauer Stiftung como institución privada, portadora del pensamiento ordoliberal y de intereses transnacionales, desde la década de los años 70 del pasado siglo. La Constitución política peruana establece formalmente, desde el año 1978, la institución de la ‘economía social de mercado’ como modelo económico y paradigma del desarrollo social, no obstante lo cual, no ha sido óbice para que se implementaran, durante todo el período de la década de los años 90 del siglo pasado, las más cruentas políticas del neoliberalismo *made in USA*.

En la Constitución política peruana del año 1993 desapareció todo principio valorativo inspirador del régimen económico como la justicia social, tal como lo enunciaba la constitución del año 1978; y se suprimió cualquier referencia a la planificación económica, aun pudiendo esta ser indicativa, como sucedió en la mayoría de las constituciones de los Estados de derecho, luego de la II Guerra Mundial¹²¹. Con la nueva y vigente Constitución política se acentuó la orientación privatista de la constitución, que fue asumida y rebasada por el gobierno Fujimori que radicalmente la promovió, rebasando inclusive las propias previsiones constitucionales. *“Estamos ante un modelo clásicamente liberal que aunque se autodefine como de economía social de mercado, adjetivo este, el de social, que fue incorporado no sin notable debate en el seno del congreso constituyente democrático, ya que en un primer momento la mayoría del Congreso se oponía a su inclusión en la constitución, la realidad es que esa calificación no se traduce en el ámbito constitucional en unas consecuencias concretas”¹²².*”

Por demás, el reciente Código de Defensa y Protección al Consumidor peruano, aprobado en el mes de

extraeuropee.”, Somma, Alessandro, *Razzismo economico e società dei consumi*, p. 447 - 480. Ver también, Michel Foucault, *Nascita della biopolitica*. pp. 57 y ss.

¹²⁰ Vázquez Montalbán, M., *Del gran inquisidor al gran consumidor*, en, La aldea Babel, Barcelona, Deriva editorial, 1994, p.30.

¹²¹ Constitución Española:” Art. 38: *Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación*”.

¹²² Fernández Segado, Francisco, *El nuevo ordenamiento constitucional de Perú. Aproximación a la constitución de 1993*, Lecturas sobre temas constitucionales, No. 10, Comisión Andina de Juristas, Lima. 1994, p. 26.

agosto del año 2010, es un ejemplo de producción normativa que ha seguido un procedimiento de *soft law*, antes de ser aprobado por el 100% de los representantes del máximo órgano legislativo peruano en un alarde de coherencia cívica, de respeto a la ciudadanía, y de interés por el buen desenvolvimiento del mercado. En el proceso de gestación y de aprobación del Código, coincidieron los tres elementos de análisis: la gobernanza, el *soft law* y la economía social de mercado, que conforman un trinomio renovado del proyecto liberista de dominación, postcolonial y global. La ‘gobernanza económica mundial’ y su carácter disciplinante al interno de las sociedades nacionales; el ‘*soft law*’ como técnica de gestación pre legislativa, altamente sensible a los intereses de los grupos privados de poder y a la demagogia política de los gobiernos; y la economía social de mercado como elemento constitucional de legitimación y baluarte de reproducción de las condiciones de existencia del *status quo*.

2.5 LA FALLIDA CONSTITUCIÓN ORDOLIBERAL DE LA REPÚBLICA DE ECUADOR.

La anterior constitución ecuatoriana del año 1998, vigente hasta el año 2008, establecía en su Título XII, Del sistema económico, en el artículo 244 la mención explícita de la ‘economía social de mercado’, y sus diez puntos son un reconocimiento expreso de los principios rectores y operativos del ordoliberalismo de matriz ‘*friburgiana*’, en área latinoamericana:

“Art. 244. –Dentro del sistema de economía social de mercado al Estado le corresponderá:

Garantizar el desarrollo de las actividades económicas, mediante un orden jurídico e instituciones que las promuevan, fomenten y generen confianza. (...)

Formular, en forma descentralizada y participativa, planes y programas obligatorios para la inversión pública, y referenciales para la privada.

Promover el desarrollo de actividades y mercados competitivos. Impulsar la libre competencia y sancionar, conforme a la ley, las prácticas monopólicas y otras que la impidan y distorsionen.

Vigilar que las actividades económicas cumplan con la ley y Regularlas y controlarlas en defensa del bien común. Se prohíbe el anatocismo en el sistema crediticio.

Crear infraestructura física, científica y tecnológica; y dotar de los servicios básicos para el desarrollo.

Emprender actividades económicas cuando lo requiera el interés general.

Explotar racionalmente los bienes de su dominio exclusivo, de manera directa o con la participación

del sector privado.

Proteger los derechos de los consumidores, sancionar la información fraudulenta, la publicidad engañosa, la adulteración de los productos, la alteración de pesos y medidas, y el incumplimiento de las normas de calidad.

Mantener una política fiscal disciplinada; fomentar el ahorro y la inversión; incrementar y diversificar las exportaciones y cuidar que el endeudamiento público sea compatible con la capacidad de pago del país.

Incentivar el pleno empleo y el mejoramiento de los salarios reales, teniendo en cuenta el aumento de la productividad, y otorgar subsidios específicos a quienes los necesiten.”

Esta Constitución política fue derogada como parte de un proceso de reforma política, y en su lugar se promulgó una nueva Constitución que alteró los postulados ordoliberales. La nueva constitución del año 2008 estableció la existencia de un Estado “director” de la economía, distribuidor de los *medios de producción* y un Estado empresario–productor. Esta nueva Constitución, del 20 de octubre del año 2008, fue aprobada por el 70% del voto popular a través de un *referéndum* constitucional, luego de un mecanismo anterior de *referéndum* aprobatorio realizado en el año 2007 para conformar una Asamblea Constituyente que alcanzó más de un 80% de apoyo popular. La nueva Constitución ecuatoriana en un contexto económico de subdesarrollo crónico y de desigualdad social, reforzó la autoridad del Estado interventor sobre la economía y ha obviado los principios ordoliberales de matriz occidental centrados en la ‘constitución de libertades’ y las garantías individuales de la Carta Magna del año 1998, para centrarse en los derechos colectivos y ambientales de los pueblos indígenas, y en la ‘constitución del bienestar’ a través de un estado fuertemente centralista y asistencialista en la educación, la salud, la infraestructura y los servicios básicos, siempre bajo el carácter del reconocimiento de la naturaleza plurinacional del Estado ecuatoriano y la necesidad de alcanzar una ‘soberanía alimentaria’. En cuanto a la política exterior, la nueva Constitución política aboga por una integración regional Latinoamericana, como modo de aminorar los efectos ‘perversos’ de la globalización mundial sobre la región.

En síntesis, la nueva constitución ecuatoriana enuncia una nueva y multidimensional concepción del desarrollo como “buen vivir” o, en términos *quichuas*, ‘*sumak kausay*’, expresión que incluye simultáneamente las nociones de ‘belleza’, ‘armonía’ y ‘equilibrio’. La nueva Constitución otorga un lugar al mercado, pero ese lugar no es el de definir el carácter y el sentido de la economía.

2.6–LA EVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA POPULAR CHINA.

Valga una primera observación en cuanto a clarificar, que este texto y este autor, consideran que el modelo de gestión político, económico y social chino no se corresponde con los principios de la economía social de mercado, de matriz ordoliberal. No obstante, se ha decidido incorporarlo a modo de enriquecer la contraposición existente – y de larga data – entre la ‘economía social de mercado’ y la ‘economía de mercado socialista’, tal como viene definida en la constitución vigente, según la reforma del año 1993: “*Article 15 [Economic Planning] The state has put into practice a socialist market economy. The State strengthens formulating economic laws, improves macro adjustment and control and forbids according to law any units or individuals from interfering with the social economic order.*”

Cualquier análisis riguroso sobre la cuestión de estudio de la ‘economía de mercado socialista’ se distancia del objeto/sujeto de estudio de esta tesis, empero un breve análisis desde el punto de vista de los enunciados constitucionales del “*socialismo di marca cinese*”¹²³, puede proyectar claridad sobre una confusión común que alcanza – actualmente – no solo el plano gramatical de los enunciados constitucionales que definen ambos modelos económicos.

Nada permite pronosticar el futuro desarrollo de los contenidos de la Constitución china, y aún menos si se considera el alto poder corrosivo y persuasivo del discurso ordoliberal como fórmula intermedia o de ‘tercera vía’.

El reconocimiento del Estado de derecho y la supremacía de la constitución – *rule by law* –¹²⁴ como ‘ley fundamental del estado’ según su preámbulo, unido a la centralidad de la propiedad estatal al interno del régimen económico socialista es una peculiaridad, hasta ahora irrenunciable, de las experiencias constitucionales socialistas, tanto de Europa, como de Asia y de América Latina. El artículo 6 de la vigente Constitución china, que data del año 1982, y que ha sido modificado por la reforma constitucional del año 2004, se enuncia en ese sentido. El primer párrafo del referido artículo elocuentemente se refiere a un principio leninista de organización y retribución del trabajo en una

¹²³ Luther, Jörg, *Percezioni europee della storia costituzionale cinese*, Università del Piemonte Orientale, Dipartimento di Politiche Pubbliche e Scelte Collettive – POLIS, Working paper n. 78. October 2006. Disponible en, <http://www.caei.com.ar/es/programas/asia/23.pdf>

¹²⁴ “*Artículo 5o. - El Estado salvaguarda la unidad y la autoridad de la legalidad socialista. Ninguna ley, disposición administrativa o reglamento de carácter local debe contradecir la Constitución. Todos los organismos del Estado y las fuerzas armadas, los partidos políticos y organizaciones sociales, las empresas e instituciones deben observar la Constitución y las leyes. Se exigirá responsabilidad por todo acto que viole la Constitución y las leyes. No se permitirá que ningún organismo o individuo disfrute de privilegios por encima de la Constitución y las leyes.*”, Constitución de la República Popular China, 4 de diciembre de 1982.

sociedad socialista y ha permanecido invariable desde su última redacción en el año 1982: *“La base del sistema económico socialista de la República Popular China es la propiedad social socialista de los medios de producción, o sea, la propiedad de todo el pueblo y la propiedad colectiva de las masas trabajadoras. El sistema de propiedad social socialista implica la eliminación de la explotación del hombre por el hombre y la aplicación del principio “de cada uno, según su capacidad; a cada uno, según su trabajo”.* La reforma constitucional del año 2004 adicionó un segundo párrafo que dio entrada a nuevas formas de propiedad, ratificó la prioridad de la propiedad pública ‘estatal’ y proyectó venideras etapas en la formulación económica socialista: *“During the primary stage of socialism, the State adheres to the basic economic system with the public ownership remaining dominant and diverse sectors of the economy developing side by side, and to the distribution system with the distribution according to work remaining dominant and the coexistence of a variety of modes of distribution.”*

Esta pudiera ser la cuestión materialmente esencial que separa inicialmente a la doctrina liberal – y a su arquetipo de libertad individual asentada sobre la esencia de la propiedad privada –, con las formulaciones socialistas de la economía. Lo cual no desdice que bajo las formulaciones estatistas del régimen de la propiedad, el respeto al ‘Estado de derecho’ y fórmulas políticas centralizadas, se pueda practicar un tipo de ‘capitalismo de estado’¹²⁵ sobre la base de una burocracia partidista estatal ‘tecnificada’. En particular, sobre esta cuestión, el autor de esta tesis de investigación observa que no existen mayores complicaciones para practicar, al interno del ‘orden chino’, una política económica orientada y marcadamente ordoliberal, según las experiencias anteriores de la Alemania de *entreguerras* y el Chile ‘del general Pinochet’. Lo anterior viene reafirmado con palabras del profesor SOMMA, en cuanto a que en muchas sociedades occidentales la funcionalización de las libertades económicas – y con ello la pseudo resocialización de la economía – se realizó en ausencia del mecanismo democrático de la sociedad: *“il fascismo ha realizzato la riforma del liberalismo economico ma nel contempo l’affossamento del liberalismo politico”*¹²⁶.

En línea con lo anteriormente expuesto, y en correspondencia con la política de ‘open door’ del

¹²⁵ “Nel suo discorso del 14 giugno 1954 (peraltro pubblicato solo post mortem), Mao Zedong sintetizzò l’essenza della costituzione cinese nel principio di “combinare i principi con la flessibilità”, parlando da un lato di “dittatura democratica popolare diretta dal proletariato” e dall’altro di un socialismo realizzato gradualmente tramite un “capitalismo di Stato” abbozzato anche negli altri paesi di “democrazia popolare”, Luther, Jörg, *Percezioni europee della storia costituzionale cinese*, Università del Piemonte Orientale, cit., p.16.

¹²⁶ Somma, Alessandro, *Scienza giuridica, economia e politica nel diritto privato comunitario*, cit., p. 228.

Presidente Deng Xiaoping del 1979 ¹²⁷, la constitución de la República Popular China, además de reconocer en la constitución del año 1982 la intangibilidad de la propiedad personal sobre determinados bienes y derechos – economía individual, rentas personales, casa habitual, derecho a la herencia –, y la posibilidad de la inversión extranjera a través de empresas mixtas y otras formas de cooperación económica ¹²⁸. La reforma del artículo 13, del año 2004, reconoció la protección de la propiedad privada y la obligación de indemnización – previo interés público – como ejercicio de la expropiación estatal: *“Article 13 [Protection of Private Property] (1) Citizens' lawful private property is inviolable. (2) The State, in accordance with law, protects the rights of citizens to private property and to its inheritance. (3) The State may, in the public interest and in accordance with law, expropriate or requisition private property for its use and shall make compensation for the private property expropriated or requisitioned.”*

La redacción del artículo 15 de la constitución fue modificada, y una anterior mención explícita a la ‘economía planificada’ según la versión constitucional del año 1982, ha sido sustituida por la ‘economía socialista de mercado’ según la reforma del año 1993. La versión del año 1982, exponía: *“Artículo 15o. [de Planificación Económica]. – El Estado practica la economía planificada sobre la base de la propiedad social socialista. Garantiza un desarrollo proporcional y armonioso de la economía nacional a través del equilibrio general del plan económico y mediante el papel auxiliar del mercado como factor regulador. Se prohíbe que toda organización o individuo perturbe el orden económico de la sociedad o mine los planes económicos del Estado.”* La versión constitucional vigente, expone desde la reforma realizada en el año 1993, lo siguiente: *“Artículo 15o. El Estado ha puesto en práctica una economía de mercado socialista. El Estado fortalece la formulación de leyes económicas, mejora el ajuste macroeconómico y el control. Y prohíbe de acuerdo a la ley a todas las unidades o individuos de interferir en el orden económico social.”* De modo que, en sede de constitución económica, el mercado pasó de ser un elemento regulador del sistema económico planificado, a ser parte de la denominación del modelo económico, que queda ahora bajo control macroeconómico del estado.

Otros cambios constitucionales realizados a partir del año 2004, incluyen el establecimiento por parte del estado, de un sistema de seguridad estatal, compatible con el desarrollo económico alcanzado – art. 14.4 de la Constitución–.

¹²⁷ Dong, Lifang, *Cina*, en *Percorsi mondiali di diritto privato e comparato*, elaborado por Amalia Diurni, Giuffrè editore, Milano. 2008. p. 106.

¹²⁸ Ley sobre sociedades de capital mixto, chino- extranjero, 1 de julio de 1979.

Debe tenerse en cuenta que las modificaciones constitucionales chinas, en particular en lo referente a su constitución económica, están estrechamente vinculadas con el desarrollo económico a la par de la integración de la República Popular China a los instrumentos internacionales de regulación del comercio. En el año 1982, China obtuvo el *status* de país observador en el GATT – Acuerdo General de Aranceles y Tarifas –; y en el año 1986 China presentó, bajo el *status* de país en vías de desarrollo, su solicitud de admisión como miembro de la Organización Mundial de Comercio – OMC –¹²⁹. Solicitud que fue rechazada y que debió ser presentada nuevamente en el año 1995, para ser aceptada sólo en el año 2001, luego de establecer un acuerdo bilateral con los Estados Unidos de América, en el año 1999. La cuestión formal del respeto y la protección de los derechos humanos, tampoco es ajena a esta dinámica de reformas constitucionales chinas. En relación con todo lo expuesto anteriormente, en cuanto al reconocimiento y la tutela de las relaciones jurídicas privadas a la par de la reforma económica promovida por Deng Xiaoping, en el año 1986 se promulgó la Ley de Principios generales del Derecho civil, integrado por 156 artículos que operan como norma de carácter general que permite armonizar las reglas del Derecho privado chino.

De este modo, considerando que las tratados internacionales ‘se constitucionalizan a sí mismos’¹³⁰, se hizo evidente la necesidad de atemperar el texto de la constitución a las nuevas exigencias del orden internacional. Las modificaciones fundamentales a la constitución china se corresponden con tópicos básicos de la cultura occidental y del liberalismo económico: economía de mercado, *rule of law*, transparencia en las normas y actos administrativos de gobierno, la no discriminación de extranjeros en el ámbito económico y la imparcialidad e independencia de la magistratura en las prácticas de la justicia administrativa, entre otras¹³¹.

Por todo lo anterior, se concluye que si bien es cierto que los términos ‘economía social de mercado’ y ‘economía de mercado socialista’ son denominaciones muy cercanas en sus enunciados, aún distan en sus contenidos rectores esenciales. Al interno de China se encuentra la contradicción y la dialéctica

¹²⁹ En los inicios de la década de 1980, la producción legislativa alcanzó la promulgación de varias leyes especiales. A saber: Sobre marcas (23 de agosto de agosto de 1982, enmendada en el año 1993 y en el año 2001. Sobre patentes (promulgada el 12 de marzo de 1984, modificada posteriormente en el año 1992 y en el año 2000). Ley sobre las sucesiones (promulgada el 10 de abril de 1985). Ley sobre contratos comerciales e intereses extranjeros (promulgada el 21 de marzo de 1985). Ver, Dong, Lifang, *Cina*, cit., p. 107.

¹³⁰ Tal como sucede en un ordenamiento jurídico como el peruano, formalmente ordoliberalista y marcadamente neoliberal, en el cual se establece constitucionalmente lo siguiente: “CAPÍTULO II DE LOS TRATADOS Artículo 55- Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.”, Constitución política del Perú, del 30 de diciembre del año 1993.

¹³¹ Luther, Jörg, *Percezioni europee della storia costituzionale cinese*, Università del Piemonte Orientale, cit., p.26.

propia entre la ideología del partido comunista y la expansión de los mercados liberistas, que se fusionan bajo los efectos de un desarrollo ‘gradual y sostenible’, no obstante reconocer que ‘plan’, ‘orden’, y ‘mercado’ son elementos que pueden conjugarse en diferentes modos y grados para acercarse a fórmulas híbridas de gestión de la sociedad. Si la constitución económica del ‘capitalismo de estado’ chino, es una vía para alcanzar la nueva fase de la ‘sociedad socialista’, o es una vía para abandonar el modelo socialista para acercarse al capitalismo ‘ordenado’ occidental, del tipo renano–germano, es una cuestión que se verá gradualmente – o no – en los acontecimientos posteriores. ‘Toda ecuación prudente del futuro debe incorporar la expresión *todo es posible*’. Así lo dice Edgar MORIN¹³².

¹³² Morin, Edgar, *Introducción a una política del hombre*, Gedisa, Barcelona. 2002. p. 50.

3 CUESTIONES DE SÍNTESIS.

Vistos los anteriores antecedentes constitucionales, y tornando a cuestiones más generales del discurso de la tesis, es importante resaltar la coincidencia que puede existir, en correspondencia con la filiación ideológica, entre las formas de hacer y de cooperar de las diversas modalidades de entidades públicas no estatales, de asociaciones civiles, de fundaciones sin ánimo de lucro, de organizaciones no gubernamentales de cooperación Norte – Sur y los demás tipos de organizaciones asistenciales y caritativas que laboran en América Latina.

Puede ser el caso de portar el ceño de identidad ordoliberal – como es el caso de la Konrad Adenauer *Stiftung* – o portando un seño neoliberal al más puro estilo estadounidense. No obstante, las diferencias de matices ideológicos que promueven ambas visiones del tipo de sociedad a edificar – el ordoliberalismo germano y su ideal de construcción de un ‘estado económicamente fuerte y regulador de marcos de procesos económicos’ como garante de la competencia funcional, *versus* el neoliberalismo estadounidense y su ideal ultra liberal de culto al libre mercado y el desmantelamiento de los servicios públicos de los estados nacionales de bienestar social, como obstáculo a superar –, ‘ambos proyectos – por sus trascendencias transnacionales y vocaciones imperiales – constituyen los actuales paradigmas del desarrollo democrático, político y económico occidentales, y reflejan un diagrama de líneas de fuerzas representativo de un esquema de contradicciones no antagónicas, que a *la fine* confluyen en su esencia hegemónica ideológica de una compartida matriz liberal’¹³³ que – lejos de afectar – refuerzan sustancialmente la continuidad del actual modelo de desarrollo impuesto a los países tercermundistas, que se ven forzados a insertarse acriticamente en el panorama económico y político del orden mundial capitalista, marcado por la globalización de la dominación de los centros hegemónicos del poder, cada uno de los cuales es portador de sus propios matices de configuración y de influencia, en un mercado ideológico totalizante de forzada ‘competencia cooperativa global’.

Al sistema capitalista como ‘formación económica social históricamente determinada’ le corresponde un tipo particular de legitimidad común, en este caso, la que proviene de la ideología liberal en sus distintas variantes y prefijos – ordo; neo; socio; etc. – compartiendo más afinidades que diferencias.

¹³³“(…) we argue that neoliberalism cannot be understood as a singular set of ideas and policy prescriptions, emanating from one source. Neoliberalism is frequently equated with market radicalism and anti-statist, but a number of core principles developed by self-conscious neoliberals not only express their belief in the superiority of market – driven competition as the best mechanism of economic allocation, or in the privileging of property rights as a foundational condition of liberty. Social minimum standards, for instance, are held to be compatible with neoliberalism if welfare schemes are designed in ways ‘not inimical to initiative and the functioning of the market (...) Thus, the challenge for them was not to eliminate the state, but rather to reduce its scope and redefine its role vis –à-vis the market.’”, *Neoliberal Hegemony A Global Critique*, Plehwe D., Walpen B. and Neunhoffer G., cit., p.2.

Las oficinas de representación en América Latina de la Konrad Adenauer *Stiftung* constituyen – de hecho – las sedes de mecanismos políticos cooperativos de participación, que se insertan en los canales democráticos representativos de la tradición liberal, actuando visiblemente en el espacio público como un ente legalizado y simbólicamente legitimado por su acción social. Su presencia en la conformación del espacio público político y cultural de las sociedades latinoamericanas lo logran, bien a través de sus asociados, o bien actuando directamente, promoviendo un modelo operativo de sociedad cooperativa asentado en la retórica comunitarista europea de la universalización de los valores del estilo de vida occidental, actualmente identificado con el proyecto global ordoliberal, que comunica la idea mística y romántica de una ‘cultura nueva global’ de satisfacción, de cooperación y de convivencia pacífica, acompañada por un fuerte dispositivo de legitimidad y de biopoder que la sustente.

Un sistema ordoliberal como proyecto global asentado sobre la capacidad ordoliberal de ‘conducir’ los comportamientos individuales a través de la técnica de la conformación de las preferencias individuales y de estilos de vida según el principio de la competencia funcional de la economía que gestiona el ambiente jurídico institucional, a diferencia del caduco sistema del Estado liberal asentado sobre la capacidad liberal de ‘constreñir’ al individuo, soportado sobre el principio de igualdad formal de las partes¹³⁴. Esta modalidad de re-conformación subjetiva de las preferencias individuales, según el pensamiento ordoliberal, lo logran gestionando el elemento ‘objetivo’ de la acción racional individual orientada al máximo beneficio. Lo cual equivale a gestionar ‘adecuadamente’ el marco jurídico institucional de modo que el mecanismo de coste/beneficio actúe en un ambiente social de restricción/ampliación, según las necesidades sistémicas ordoliberales.

Queda por formular una pregunta abierta cuya respuesta será abordada posteriormente en este texto: ¿Por qué los padres fundadores y promotores de la economía social de mercado, promueven su constitucionalización en terceros países, y aún la República Federal Alemana no la ha

¹³⁴*Rüstow è anche l'autore che consente di mettere in luce le caratteristiche del potere liberale come biopotere. A chi chiedeva come lo Stato forte poteva essere tale se si limitava alla direzione prevalentemente indiretta dell'economia, rispondeva che la conformazione dei voleri individuali ai voleri dell'ordine si realizzava ricorrendo in particolare alla «psicologia e alla sociologia dello Stato». Il tutto accompagnato da una celebrazione della «autorevolezza» e della «capacità di condurre», che i nazionalsocialisti ritenevano essere il punto di forza del loro credo, in ciò distante dalla tradizione liberale, incentrata invece sulla «costrizione». Somma, Alessandro, *L'economia sociale di mercato/2. Dal nazionalsocialismo all'ordoliberalismo*. cit., p. 5.*

constitucionalizado? ¹³⁵ Los términos en los que se expresa HÄBERLE, en cuanto a la inclusión de un principio general que determine el derrotero ordoliberal de las constituciones económicas nacionales, difiere de las consideraciones vertidas por Ludwig RAISER, las cuales dejan entrever el carácter contingente y difuso de la economía social de mercado: “*La legge fondamentale di Bonn (Grundgesetz), infine, ha consepevolmente rinunziato a definiré la costituzione económica. Essa garantisce (art. 14) l’istituto della proprietà privata, ma al contempo ammette la possibilità di trasferire in mano pubblica, per legge, la proprietà fondiaria, le risorse naturali ed i mezzi di produzione (art.15), senza peraltro specificare quando queste misure siano autorizzate. Sarà compito ei politici far comprendere queste quadro costituzionale ai cittadini. Compito urgente del dibattito scientifico, invece, è chiarire se ed in qual senso l’ordinamento economico possa essere regolato dal diritto*”¹³⁶.

¹³⁵ “*La cuestión principal es si la economía social de mercado debe figurar como un gran objetivo constitucional ya en el preámbulo, esto es, al modo de un canon de los objetivos constitucionales, o dentro de las partes fundamentales de la Constitución, en conexión con la democracia, el Estado de derecho y la protección del medioambiente. La forma de incluir la economía en la cláusula general del pluralismo también ha de ser evaluada (por ejemplo, el proyecto ucraniano de 1992). La paleta de posibilidades para conformar la economía social de mercado es amplia y también el aspecto social en el lado del derecho constitucional del trabajo e incluso del medioambiente. En mi opinión, todo corre a favor de incluir un principio general en los textos constitucionales. Y esto vale para los Estados en reforma del Este de Europa, en los que el mercado y la libre concurrencia – la otra orilla- son una gran esperanza.*”, Häberle, Peter, *Siete tesis para una teoría constitucional del Mercado*, cit., p. 10.

¹³⁶ Raiser, Ludwig, *Il compito del diritto privato*, Giuristi Stranieri di Oggi, Giuffrè editore. 1990. p. 34.

II PARTE – MANIFESTACIONES CONTEMPORÁNEAS DEL ORDOLIBERALISMO.

CAPÍTULO 2 – COOPERACIÓN EN EL VÉRTICE DEL PODER. ORDOLIBERALISMO *SECOND BEST SOLUTION*.

Sumario: 1 El derecho global: gobernanza, *soft law* y economía social de mercado. 1.1 La gobernanza. 1.2 El *soft law*. 1.3 La economía social de Mercado. 1.4 El Derecho global contingente: El Derecho glocal. 2 Del *rule of law* al *rule of market*. 3 La economía social de mercado como método inductivo. 4 ‘Cooperación perfecta’ entre estados e ideologías. 5 La privatización de la justicia y la tercera vía. 5.1 La privatización de la justicia. 5.2 La tercera vía. 6 El ordoliberalismo *come second best solution*. 7 El Derecho como *calcolabilità* de funzionamento dell’ordinamento. 8 Contractualización privada del Estado social. 8.1 Las soberanías nacionales latinoamericanas. 8.2 (...) y la gestión de las crisis. 8.3 El fundamentalismo del mercado. 8.4 El estado social gestionado por el principio de la subsidiariedad católica.

*Ora neoliberale, Ora ordoliberale,
Ora protezionistiche, Ora astensionista,
Ma, sempre liberista. Questa è la strategia.
Il potere cambia sempre. Ma, lo status quo continuo a essere.*

CAPÍTULO 2–COOPERACIÓN EN EL VÉRTICE DEL PODER. ORDOLIBERALISMO *SECOND BEST SOLUTION*.

El debate político y las consecuentes derivaciones jurídicas de la actividad que promueve la Konrad Adenauer *Stiftung* como miembro portador de los intereses de la gobernanza global, a través de sus oficinas de representación, la convierte en un sujeto privado de transformación *soft* hacia el modelo de gestión ordoliberal del poder global en la región latinoamericana, sin que ello deje de implicar – como se ha enunciado anteriormente – que constituye un ‘instrumento de reproducción del sistema de dominación imperante’ mediante la colaboración con las instituciones oficiales estatales latinoamericanas en el diagnóstico, la aplicación y la puesta en marcha de las políticas asistenciales y de ajuste económico que conjuntamente mitigan y reproducen los efectos y defectos sociales devastadores y desiguales del fenómeno de la ‘mundialización económica capitalista neoliberal’

1.

¹“We contend that various social and political struggles which might be read as contestations of neoliberalism so far should rather be seen as part of its evolution. Accordingly, these challenges have contributed to the simultaneous reproduction and transformation of neoliberal hegemony, rather than to its imminent demise. In short, it is our believe

En esta ‘visión ordoliberal global’, el trabajo de las oficinas de representación latinoamericanas de la Fundación, se ve reforzado actualmente con los puntos de vista sostenidos por el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, que como exponentes del esquema de la gobernanza mundial han abogado, desde hace más de una década, por la necesidad de superar los postulados del Consenso de Washington que obligó a muchos países subdesarrollados, en particular latinoamericanos, a adoptar estrategias neoliberales de reducción del papel del Estado². Los mismos *entes* que en la década del 80 del siglo pasado, en plena fase de la (contra)revolución neoliberal *reaganiana* y *thatcheriana*, contribuyeron con sus políticas de ajuste económico estructural a través de las condiciones impuestas de financiamiento, a que los países latinoamericanos dismantelaran y desarticularan sus infraestructuras sociales y sus capacidades estatales, llevaran a una reducción significativa de la capacidad fiscal y patrimonial de los Estados nacionales, y a una mayor desigualdad de ingresos entre las clases sociales al interno del contexto latinoamericano. Y que en consecuencia, estos países adquirieran una impagable Deuda externa cuyas nefastas consecuencias se siguen padeciendo actualmente³ y experimentarían una de las etapas de mayor contracción económica y de pérdida del

that the death of neoliberalism has been greatly exaggerated.” Plehwe D., Walpen B. and Neunhoffer G., *Neoliberal Hegemony A Global Critique*, cit. p. 2.

² “Chile y Bolivia han servido, pues, de laboratorio a los experimentos neoliberales. Pero hasta el fin de los años 80 fueron excepciones en América Latina. El viraje hacia un neoliberalismo perfilado comenzó en México, en 1988, con el arribo del presidente Carlos Salinas de Gortari. Y se prolongó con la elección de Carlos Menem en 1989 y con el comienzo, ese mismo año, de la segunda presidencia de Carlos Andrés Pérez en Venezuela, finalmente, con la elección de Alberto Fujimori a la presidencia del Perú en 1990. Ninguno de estos gobiernos hizo conocer a la población, antes de su elección, el contenido de las políticas que habrían de aplicar. Por el contrario, Menem, Pérez y Fujimori prometieron exactamente lo opuesto a las medidas antipopulares que aplicaron en el curso de los años 90. En cuanto a Salinas, es de conocimiento público que no habría sido elegido si el Partido Revolucionario Institucional (PRI) no hubiera organizado un fraude electoral masivo. De las cuatro experiencias, tres han conocido un éxito inmediato sobre la hiperinflación – México, Argentina, Perú– y una fracasó –Venezuela. La diferencia es importante. En efecto, las condiciones políticas necesarias para una deflación -la desregulación brutal, el aumento del desempleo y las privatizaciones- se han hecho posibles gracias a la existencia de ramas ejecutivas del poder estatal que concentran un poder aplastante. Éste siempre ha sido el caso en México, gracias al sistema de partido único del PRI. Al contrario, Menem y Fujimori debieron innovar, instaurando legislaciones de urgencia, reformas constitucionales u organizando el autogolpe de Estado. Este tipo de autoritarismo político no ha podido aplicarse en Venezuela.”, Perry, Anderson, *Historia y lecciones del neoliberalismo*, Universidad de California, Los Ángeles. Versión en español, Alfredo Camelo Bogotá. Revista del centro de estudios del trabajo Deslinde, Colombia. p. 7. Disponible en, http://www.correntoig.org/IMG/pdf/neoliberalismo_P_Anderson.pdf

³ “(...) el problema de la deuda externa de los países del Tercer Mundo se nos presenta como uno de los elementos que más gravemente pone en peligro la sostenibilidad ambiental y la posibilidad de cubrir las necesidades básicas de sus ciudadanos y que en mayor medida imposibilita los procesos de desarrollo humano.”, Martínez A. J., Oliveras, A., *¿Quién debe a quién? Deuda ecológica y deuda externa*, Icaria, 2003, p. 12.

bienestar social. Conociéndose este período como ‘la década perdida’⁴.

John WILLIAMSON (1989) creó el término ‘Consenso de Washington’ como mínimo denominador común para las políticas de las instituciones internacionales con base en Washington: el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Mundial. Entendido como mínimo denominador común, debía contemplar aquellas medidas de reforma económica aplicables universalmente, al margen del contexto histórico, cultural o geográfico de un país, cualquiera que fuese, eufemísticamente denominado en vías de desarrollo. El Consenso de Washington fue una derivación de la contrarrevolución neoclásica comenzada a inicios de la década de 1980 y consecuencia directa del fin de la Guerra fría y la consecuente expansión de los mercados globales en la búsqueda de nuevos espacios donde transformar y competir económicamente⁵.

De este modo, a finales de la década de los años 90 del siglo XX, ante el evidente colapso social, económico y político provocado por las medidas draconianas de destatización/ desregulación/ desnacionalización/ privatización, y la restricción del papel del estado promovido desde las instancias prescriptivas del Consenso de Washington, y el eventual peligro de que se produjeran explosiones sociales y se conformasen soluciones políticas radicalmente alternativas, ambos organismos internacionales manifestaron, luego, lo indispensable de contar con marcos regulatorios estables que garantizaran unas condiciones adecuadas de sostenibilidad para los procesos de acumulación y de reproducción del capital en los circuitos globales ⁶ – ‘condiciones constitutivas’ del mercado en términos de Peter HÄBERLE –. Por ello, se volvió a abogar por el incremento específico de determinadas capacidades institucionales estatales que permitiesen poner en marcha las medidas que el ‘mercado constitucional’ requiere para su funcionamiento: Ajuste y disciplina fiscal; privatización de las actividades productivas; apertura comercial; liberalización y flexibilización de los mercados laborales; políticas monetarias restrictivas y el desmonte de los mecanismos económicos, políticos y

⁴“De hecho, para el profesor Ocampo, en América Latina realmente no hubo una década perdida, sino un cuarto de siglo entero, desde 1980 hasta el año 2004.”, Ocampo, J. A., Seminario Internacional Innovación social en América Latina, San Diego, California, EUA, efe, 19 de noviembre, 2010.

⁵ Marktanner, Marcus, Winterberg, Jörg M., *Consenso de Washington vs. Economía Social de Mercado*, Economía Social de Mercado. Diálogo Político, Revista trimestral No. 1, marzo 2009. Argentina. p.118. Disponible en, <http://www.kas.de/argentinien/es/publications/16719/>

⁶ Gessner V., *Comparación Jurídica y pluralismo jurídico global*, cit., p. 112 –124.

jurídicos de la acción de intervención estatal⁷. No obstante al retomar lo indispensable de contar con marcos regulatorios estables, también abogó por la recuperación y la ‘funcionalización’ de la dimensión social que garantizase el consenso y la pacificación, enfatizando en el elemento de la ‘hegemonía cultural’ como medio de reconversión de los valores sociales, promoviendo el apaciguamiento y el obscurecimiento de las causas y las responsabilidades que provocan el estado de inequidad de la realidad social.

Este proceso político institucional, liderado por los entes globales del *establishment* y practicado con particular énfasis en Latinoamérica, se denominó *post consensus Washington* en su versión neoliberal⁸, y estaba funcionalmente orientado a actuar sobre la restructuración institucional de los factores interiores, que a su vez promoviesen tanto la competitividad nacional en el mercado internacional, como la capacidad de reforzar la debilidad soberana y la dependencia de una sociedad nacional necesariamente abierta al exterior, como condición de inserción en el nuevo orden mundial⁹. En términos marxistas de Rosa LUXEMBURGO, las reformas legales acometidas desde la fecha, se corresponden con el carácter neoconservador de la ‘revolución de los 80’: *“La acción legal de la reforma no tiene impulso propio independientemente de la revolución. Durante cada período histórico se cumple únicamente en la dirección que le da el ímpetu de la última revolución, y se mantiene en tanto el impulso de ésta se halla presente. Concretando, en cada período histórico, la tarea de las reformas legales se cumple únicamente en el marco de la forma social creada por la última revolución. Este es el núcleo de la cuestión”*¹⁰.

⁷ “Las “ineficiencias” de las empresas estatales su excesiva burocracia, la irracionalidad de sus mecanismos contables, su pobre organización empresarial, los crónicos problemas de gestión, etc. son las que justamente posibilitan la operación exitosa de las empresas privadas: si nuestras acerías estatales, o las compañías de electricidad, vendieran sus bienes y servicios a los precios que debieran es decir, sin subsidios implícitos a los capitalistas las transnacionales y sus voceros pondrían el grito en el cielo. Ellas se benefician con estos “precios políticos”, que les permiten pagar precios ridículos por el suministro de la electricidad o el gas estatal, por ejemplo. Pero ésta es la función del capitalismo de Estado, lo cual explica por qué a pesar de la furibunda retórica antiestatista de los regímenes dictatoriales del Cono Sur el tantas veces anunciado y no menos temido desmantelamiento del sector público nunca se produjo. Quizás esto se deba al súbito “ataque” de realismo económico que se posesionó de los nuevos zares de las economías latinoamericanas, y que los persuadió de que la mejor defensa de los intereses monopólicos se hacía “perfeccionando” y no desarticulando al capitalismo de Estado.”, Borón, Atilio A., *Estado, capitalismo y democracia en América Latina*. cit., p. 43.

⁸ Burki, S. J., *Más allá del consenso de Washington: la hora de la reforma institucional*, Estudios del Banco Mundial sobre América Latina y el Caribe. Puntos de Vista, 1998.

⁹ Touraine, Alain, *¿Cómo salir del liberalismo?*, Paidós, 1999, p. 97.

¹⁰ Luxemburgo, Rosa, *¿Reforma o Revolución?*, en *Obras Escogidas*. Tomo 1. Escritos Políticos I. Prólogo y Selección de Bolívar Echeverría, México, ERA. 1978. p. 71.

1 EL DERECHO GLOBAL: GOBERNANZA, *SOFT LAW* Y ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO.

En todo este esquema global de ‘blanda y eficaz dominación’ conformado por intelectuales orgánicos, que conforman comunidades epistémicas actuando a través de redes corporativas, debe individualizarse el papel del Derecho y las manifestaciones jurídicas que convergen en el mismo plano. En este apartado se comenta la mutua relación dinámica existente entre estos tres polos – gobernanza, *soft law* y economía social de mercado –, a modo de retroalimentación y de una mutua justificación, de forma que la existencia de alguno de ellos presupone y legitima la necesidad de la existencia del otro.

El discurso que se propone en este apartado acredita la relación directa y estrecha entre la ‘gobernanza’, el ‘*soft law*’ y la ‘economía social de mercado’ en la conformación de un ‘derecho global’ que tiende a contaminarse con la fuerza de los mercados y la coerción de la actividad política, para no expresarse tanto en términos de ‘posibilidades’, como sí en términos de ‘necesidades’ y de obligaciones¹¹.

1.1 LA GOBERNANZA.

La ‘gobernanza’ se define como aquella forma heterodoxa de gestión de la actividad política en la que participan, en un régimen de diálogo y de negociación para la protección de sus intereses económicos mutuos, los actores públicos y los actores privados, incluidos los estados nacionales en sus dos dimensiones jurídicas, pública y privada. Interesados todos en la conservación del *establishment* y ocupados en el redimensionamiento de la sociedad privada ordoliberal.

La gobernanza como método y dispositivo de gestión supranacional del poder – con marcado origen

¹¹ “*Diritto e politica costituiscono due poli di una tensione ancora esistente, che continua ad animare gran parte del dibattito contemporaneo. Intorno a questa contrapposizione sono state infatti costruite altre dicotomie come quella fra creazione ed applicazione del diritto, fra legislatore e giudice, fra valutazioni oggettive e soggettive, fra potere e diritti o più recentemente fra distribuzione delle risorse ed efficienza allocativa. (...) Naturalmente i teorici più sofisticati raramente aderiscono ad una contrapposizione netta fra i due domini. Anzi, il più delle volte, riconoscono che il confine fra le due aree è difficile da tracciare, talvolta persino sfuggente e dunque che la politica spesso riesce a penetrare nell’area del diritto. Di fronte a questo fenomeno l’atteggiamento teorico prevalente è stato quello di delineare un confine più chiaro fra i due campi, in modo da mantenere le infiltrazioni al minimo.*”, Marini, Giovanni, *Diritto e politica. La costruzione delle tradizioni giuridiche nell’epoca della globalizzazione*, Rivista Pòlemos, No. 1, G. Giappichelli Editore, Torino. 2010. p.3. Disponibile en, http://www.comparazionedirittocivile.it/prova/files/urb_marini.pdf

europeo y con clara vocación de ejercicio global – instrumentaliza al ‘*soft law*’ como medio de producción y de manifestación del Derecho. El Derecho a su vez viene pensado en cuanto a la eficiencia de sus funciones y a la efectividad de sus resultados, por cuanto viene a suplir la laguna provocada por la ausencia de una eficaz aproximación convencional del comando legislativo al Derecho privado, nacional e internacional, y por la ausencia – en reiteradas ocasiones – de un órgano global competente para dictar normas de obligatorio cumplimiento.

Por un verso, sólo exponer que la gobernanza como técnica de asimilación esencialmente procedimental, viene a desplazar el concepto de la democracia clásica y representativa heredada de la modernidad, y a extender la comprensión y la perspectiva del análisis del Derecho a cuestiones que se encontraban en las regiones limítrofes compartidas con otras ciencias sociales¹².

La gobernanza se articula preferiblemente sobre una estructura en red y no sobre una disposición jerárquica piramidal; se funda sobre el convencimiento de la eficacia horizontal y el enriquecimiento recíproco a través de procesos interactivos, y no sobre la autoridad y el control vertical. La idea fundamental de la gobernanza, entendida como proceso de politización del Derecho, es aquella que expone que los mecanismos de autoreglamentación y de corrección permiten ampliar la posibilidad de vincular la legislación positiva de carácter pública con reglas no vinculantes, pero igual de efectivas – cuando no más –, producidas por sujetos y organismos privados a modo de *soft law*¹³.
 “*Il significato della parola ‘diritto’ dev’essere allora ristretto e, di conseguenza, il quesito può essere così formulato: L’umanità si sta avviando a una vita, non diremo ‘priva di diritto’, ma di norme considerate come relativamente stabili, vigenti e cogenti da parte di una maggioranza di consociati, e sostenute da un apparato di sanzioni applicate istituzionalmente, negative o positive, a seguito di processi precostituiti nelle loro finalità e nelle loro fasi.*”¹⁴

Governance y *soft law*, según palabras de Roberto BIN, son dos neologismos coetáneos y conectados, de modo que la gobernanza – como forma diferente de gestionar la toma de decisiones políticas – se

¹² Ver la interesante reflexión de Micklitz, H.W. sobre el origen simultáneo de la gobernanza europea y la creación del mercado interior europeo como dos fenómenos en comunión que se condicionan y se refuerzan mutuamente, Micklitz, H.W., *La mano visibile del Diritto Privato Europeo en materia normativa. La trasformazione del Diritto Privato europeo dall’autonomia al funzionalismo nella concorrenza e nella regolamentazione.*, European University Institute, Working Paper LAW 2010/09. p. 14.

¹³ Sobre la relación funcional entre *soft law* y *governance*, ver Roberto Bin, *Soft law no law*, en Somma, Alessandro *Soft Law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009. pp. 31 y ss.

¹⁴ Rossi, Pietro, *Fine del diritto*, Il Mulino. 2009. p.46.

apoya en el *soft law* como forma de producción de reglas que no utiliza los procedimientos formales típicos de las instituciones constitucionales. La necesidad de utilizar mecanismos alternativos para ejercer el gobierno político – la gobernanza –, y como su corolario, los mecanismos atípicos para la producción de normas jurídicas – *soft law* – es el resultado de la globalización como expresión del triunfo del mercado global sobre la actividad política de los gobiernos¹⁵.

En esta cuestión la gobernanza asume su verdadera dimensión procedimental como expresión de una práctica de negociación y de acuerdos de compromiso entre intereses privados y públicos, de modo que según sea el objetivo concreto a alcanzar – el fin – se practicará un particular tipo de *decisionalità* y una gran variedad de dispositivos atípicos que se inscriben en las nuevas formas de producción del Derecho – los medios – como fenómeno de ‘*normatività debole*’ expresión de las manifestaciones de *soft law*: consultas, fórum, mesas redondas, conferencias, programas, declaraciones, instrucciones, recomendaciones, cartas de intenciones, principios guías, códigos de conducta, etc. De modo que la gobernanza se inscribe en la senda de la innovación institucional e invoca un pragmatismo procedimental que le permite hacer un uso instrumental del propio procedimiento para alcanzar los intereses marcados¹⁶.

La *ratio procedurale* que era, ante todo, funcional al intento garantista moderno frente a la intromisión de los poderes públicos, deviene en la actualidad un mecanismo de intromisión de los intereses privados en *il gestire* de la cosa pública¹⁷. El lenguaje empleado desde la gobernanza, con vocación de expansión global, utiliza tanto las fórmulas de la argumentación, en sentido público–moral, como las fórmulas de la negociación, en el sentido de composición de los intereses privados, de modo que sobreponiendo ambos discursos continuamente en su interfaz pública, generan una dinámica de legitimación del ‘lenguaje de los intereses’ propia de la cultura liberista de mercado¹⁸, asentada desde

¹⁵ “*La globalizzazione è il trionfo del mercato e il mercato, come aveva intuito già Adam Smith, è concorrente della politica, produce regole di comportamento che contestano quelle poste dal legislatore politico quando questi non si arrende a sì limiti a seguirle, emularle, eseguirle. Il mercato impone le regole alla politica: e contesta il modo con cui la politica produce quelle regole.*”, Bin, Roberto, *Soft law no law*, cit. p. 31.

¹⁶ Bobbio, L., *La democrazia deliberativa nella pratica*, in *Rivista Stato e Mercato*, No. 1, 2005.

¹⁷ Ferrarese, Maria Rosaria., *La governance tra politica e diritto*, cit., p. 70.

¹⁸ “*Nello spazio globale il ricorso alla dicotomia pubblico-privato ed alle sue narrative può favorire la nascita di nuovi centri di autorità, la sua dimensione spiccatamente scientifica e non politica, l’idea di un diritto che si evolve organicamente secondo una propria logica ed in modo indipendente dai diversi centri di potere politico, gli offre la possibilità di fornire argomentazioni apparentemente inattaccabili che presentano questioni altamente ideologiche come neutrali, il diritto privato diventa allora fonte di legittimazione delle nascenti istituzioni post-nazionali.*”, Marini,

hace un par de décadas en la propia base de las instituciones democráticas y jurídicas¹⁹.

1.2 EL *SOFT LAW*.

El *soft law* como denominación técnica *hipermoderna* de producción de reglas y de distribución del Derecho²⁰, viene a ser el resurgir postmoderno de una manifestación actualizada de un fenómeno jurídico antiguo²¹, a raíz de la crisis del positivismo jurídico – según el dicho *benthamiano* de que aquello que no es código, no es derecho – y del proceso de decodificación que tiene lugar a partir de la década de los años 70 del siglo pasado. De modo que la capacidad de persuasión del *soft law* viene a desplazar la centralidad de la legislación como el resultado de la clásica producción normativa emanada de un órgano público nacional de representación social, como único productor de Derecho al interno del sistema jurídico. “*Se la democrazia rappresentativa trovava il proprio paesaggio giuridico nelle coordinate richiamate, e specialmente nella legislazione, la governance, soprattutto a livello internazionale, trova spesso un diverso sbocco giuridico in modalità di cosiddetto soft law*”²².

Vincular la crisis del positivismo, del derecho *hard* codicístico y de la normatividad fuerte con la tematización del fenómeno del *soft law* como nueva fuente material y atípica del derecho vigente²³, es

Giovanni, *Diritto e politica. La costruzione delle tradizioni giuridiche nell'epoca della globalizzazione*, cit., p. 16, nota 42.

¹⁹ “*Ma l'estensione delle vesti e delle funzioni del contratto sarebbe incomprensibile, se non si considerasse il fatto che negli ultimi decenni il contratto ha goduto soprattutto di una legittimazione sociale senza precedenti, arrivata grazie a una prolungata campagna culturale di stampo liberista, che ha celebrato le capacità dell'homo economicus di essere il miglior protagonista dello scenario non solo economico, ma anche politico, e la capacità del contratto di essere il suo strumento più adeguato.*”, Ferrarese, Maria Rosaria, *La governance tra politica e diritto*, cit., p. 155.

²⁰ Para ver una distinción entre la denominación y el objeto - según la distinción de Bentham -, de modo que el objeto o el contenido del *soft law* responde a un fenómeno antiguo con una nueva denominación, y que tan sólo se trata de una novedad declarada por la ignorancia histórica de los juristas modernos, Giaro, Tomasz, *Dal Soft law moderno al soft law antico*, en Somma, Alessandro, *Soft Law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009. pp. 85 - 86.

²¹ “*Il soft law viene attualmente esaltato come un fenomeno nuovissimo della tassonomia giuridica postmoderna che si sarebbe associato al primitivo hard law moderno, finendo per costituire sul piano scientifico una scoperta, dovuta a un recente lampo di genio della dottrina più a veduta.*”, Giaro, Tomasz, *Dal Soft law moderno al soft law antico*, en Somma, Alessandro, *Soft Law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009. p.88.

²² Ferrarese, Maria Rosaria, *La governance tra politica e diritto*, cit., p. 33.

²³ “*Il soft law, dunque, fa parte del corpus normativo ed entra nel processo di positivizzazione. È, pertanto, una fonte di diritto, nel senso che è ritenuto capace di generare, in qualche modo, regole giuridiche*, Pastore, Baldassare, *Il soft law nella teoria delle fonti*, en Somma, Alessandro, *Soft Law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009. p.129.

valorizar la modificación del atributo exclusivo de la soberanía nacional como único origen legitimado para la producción del Derecho y es acercarse al fenómeno de la globalización económica y a la internacionalización de las relaciones jurídicas y sociales, bajo el prisma de la gobernanza mundial y la soberanía del espacio del mercado.

El desarrollo del binomio *governance – soft law* se enmarca en un esquema más amplio de racionalidad procedimental a través de la producción de normativas jurídicas de naturaleza no vinculante y no impositiva, lo cual implica nuevas manifestaciones e instrumentalizaciones jurídicas a través de las cuales se manifiestan, contemporáneamente, la política, el derecho y la economía. Y que no se corresponden precisamente con las expresiones democráticas de la ‘*validità*’ de la ortodoxia representativa y de la tecnología de la regla mayoritaria, propia del clásico mecanismo de democracia de la modernidad, con marcado acento en la cultura jurídica continental de origen romanista o germanista. Se acepta que no es cuestión de debate que aún de manera ‘innominada’ el *soft law* ha sido un elemento relevante en la cultura jurídica anglosajona, lo cual remarca el propio carácter dual de la familia occidental de Derecho y su tendencia convergente²⁴.

El Derecho *soft* – como expresión de la producción privada de normas jurídicas orientada a expulsar la actividad política de la regulación del mercado –no viene llamado por la gobernanza en su auxilio para el ‘establecimiento de la norma pública y abstracta’, sino para ‘la creación de un vínculo contractual en grado de condicionar y de hacer interdependiente el comportamiento de cada uno de los sujetos de Derecho’. La ‘mano visible’ *soft* del Derecho privado, tanto en su ‘indeterminación conceptual’²⁵ normativa como en su elevada capacidad disciplinante, viene constantemente llamado desde la práctica de la gobernanza para perseguir determinada finalidad política en un continuo proceso interactivo de *degiuridizzazione* a través de la economización y de la politización del Derecho privado²⁶. En este sentido, no existe ningún documento emanado de la Comisión Europea, como origen y promotor formal de las prácticas de la gobernanza, que expliciten de manera clara la relación directa entre la gobernanza, el *soft law* y la funcionalización política del Derecho privado. Constantemente el ideal

²⁴ Monateri, Pier Giuseppe, *Globalizzazione e Diritto europeo dei contratti*, en Somma, Alessandro, *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*, G. Giappichelli Editore, Torino. 2007. pp. 175 – 183.

²⁵ “Il rischio è così quello di fare del *soft law* un termine senza concetto, un’etichetta buona per ogni uso, non una nozione giuridica.”, Volante, Raffaele, *Il soft law come norma di diritto privato. Un tentativo di definizione*, en Somma, Alessandro, *Soft Law e hard law nelle società postmoderne*, cit., p. 174.

²⁶ Micklitz, H.W., *La mano visibile del Diritto Privato Europeo en materia normativa. La trasformazione del Diritto Privato europeo dall’autonomia al funzionalismo nella concorrenza e nella regolamentazione.*, cit., p. 14.

retórico occidental, ‘esconde’ el elemento político e ideológico que subyace en todo ‘ordenamiento jurídico’ y que ha sido el baluarte fundamental de la clásica tripartición de poderes.

El discurso que se propone en esta tesis acredita la relación directa y estrecha entre la ‘gobernanza’, el ‘*soft law*’ y la ‘economía social de mercado’ en la conformación de un ‘derecho global’ que tiende a contaminarse con la fuerza y la coerción para no expresarse tanto en términos de ‘posibilidades’, como en términos de ‘necesidades’ y de obligaciones. La ‘gobernanza’ se define como aquella forma heterodoxa de gestión de la política en la que participan, en un régimen de diálogo y de negociación para la protección de sus intereses mutuos, los actores públicos y los actores privados, incluidos los estados nacionales en sus dos dimensiones, pública y privada. La gobernanza como método y dispositivo de gestión supranacional del poder – con marcado origen europeo y con clara vocación de ejercicio global – instrumentaliza al ‘*soft law*’ como medio de producción y de manifestación del Derecho. El Derecho a su vez viene pensado en cuanto a la eficiencia de sus funciones y a la efectividad de sus resultados, por cuanto viene a suplir la laguna provocada por la ausencia de una eficaz aproximación convencional del comando legislativo al Derecho Privado, nacional e internacional, y por la ausencia – en reiteradas ocasiones – de un órgano global competente para dictar normas de obligatorio cumplimiento.

Sirva de ejemplo como manifestación de *soft law*, el caso de las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas multinacionales, las cuales establecen en su Prólogo que son recomendaciones dirigidas por los gobiernos a las empresas multinacionales. Las Directrices enuncian principios y normas voluntarias de auto disciplina para una conducta empresarial responsable, compatible con las legislaciones aplicables. En los comentarios de las Directrices puede observarse “*La primera obligación de las empresas es respetar el derecho interno. Las Directrices no sustituyen las disposiciones legales y reglamentarias locales y no deben considerarse superiores a dichas disposiciones. Constituyen principios y normas de comportamiento suplementarias, sin carácter imperativo, relacionadas concretamente con las actividades internacionales de estas empresas. Cuando las Directrices abarquen, como sucede en numerosos casos, aspectos no tratados en la ley, no deberían situar a las empresas, ya que éste no es su objetivo, en una situación en la que se enfrenten a obligaciones contradictorias*”²⁷.

²⁷ Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. p. 21. Disponible en, <http://www.comercio.mityc.es/es-ES/PDF/legislacion/TextoDIRECTRICES.pdf>

De modo que si bien es cierto que pudiera aceptarse con el profesor Roberto BIN, que el *soft law* no es derecho en el sentido convencional y ‘moderno’, es innegable el efecto normativo en la conformación de los comportamientos sociales, y el amplio espectro plurifuncional que portan sus ‘recomendaciones globales’²⁸, que de algún modo inhiben la oportunidad y el esfuerzo conjunto de trabajo por parte de los órganos legislativos nacionales, para pronunciarse a través de la regulación prescriptiva de determinadas relaciones sociales, empleando las normas jurídicas en sentido estricto.

En particular, el *soft law* se apoya en las deficiencias – interesadamente no resueltas – de los parlamentos nacionales en cuanto a que viene a ser considerado como un mecanismo fluido y mórbido de armonización, de coordinación, de cooperación y de unificación de las normas jurídicas heterogéneas, siendo capaz de adaptar su flexible dimensión jurídica a ambientes sociales complejos transnacionales, contingentes y de fuerte presencia de inversiones e intereses extranjeros.

Al asumir que el *soft law* es la expresión del consenso de los intereses privados más fuertes y mejor organizados, que encuentran vía de solución y de expresión jurídica a sus expectativas económicas de acuerdo a su posición en el espacio del mercado, debe asumirse también que es expresión de un alejamiento de la actividad política soberana y democrática en la regulación de las relaciones económicas. De modo que el *soft law* como medio heterodoxo y difuso de regulación jurídica al servicio de la gobernanza, al manifestarse en un espacio de creación de principios y de formulación de preceptos persuasivos, a medio camino ante la falta precisa de confines en las definiciones constitucionales de los ámbitos de competencia, y la no existente prohibición como manifestación contraria a la ley, o a las normas morales de la sociedad, abandona de sus expresiones jurídicas las cuestiones que pueden ser aportadas por la vía convencional democrática en la cual se desenvuelve la actividad política pública. Por ejemplo, la justicia social.

Al no emplearse las vías democrática usuales de validación y de legitimación, el *soft law* restringe la posibilidad de que la ‘justicia social’ sea un elemento conformativo a tener en cuenta al interno de la normatividad jurídica, de modo que pueda quedar compensada la frialdad y la indiferencia, propias de la racionalidad económica que rige el funcionamiento de los operadores privados vinculados moralmente a una justicia privada de tipo conmutativa, que privilegia a su vez intervenciones

²⁸ Ferrarese, Maria Rosaria, *Soft Law: funzioni e definizioni*, en Somma, Alessandro, *Soft Law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009. pp. 77 – 82.

racionalizadas orientadas a una *giustizia procedurale*²⁹.

1.3 LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO.

La ‘economía social de mercado’ como propuesta *marketing* del orden ‘organicista’ de una sociedad global, que se manifiesta a través de un exitoso modelo económico alemán que lidera y domina a la Europa comunitaria³⁰, y que tiene su origen en el pensamiento ordoliberal germano de los años 30 del siglo pasado, se corresponde con una ideología que requiere tanto de la práctica de la gobernanza como de las aplicaciones del *soft law* como dispositivos para alcanzar la cooperación entre las clases sociales y ‘esconder’ la irresuelta cuestión del conflicto social, sin fracturas traumáticas que afecten la estabilidad y la continuidad del sistema. Cuestión que se proyecta en el plano internacional a través de la instrumentalización de la cooperación entre el centro y la periferia del sistema capitalista mundial.

La economía social de mercado, consagrada ‘constitucionalmente’ al nivel continental europeo, se autorepresenta en el plano jurídico y en el plano político–sociológico, como una fórmula constitucional garantista y un sustancial mecanismo de diálogo que porta al equilibrio entre los intereses económicos privados y los valores sociales públicos. De este modo, la economía social de mercado como forma de gestión de la ‘sociedad total’ que ‘evoluciona’ según ‘el interés general y el bien común’ se nutre del concurso cooperativo de todos los grupos, de todos los actores y de todos los intereses – en particular de los mejores organizados – como modo de combatir el conflicto a través del ‘consenso cooperativo’, que agota el pluralismo y el derecho al disenso democrático³¹.

La globalización no representa una amenaza para la economía social de mercado según los propios lineamientos programáticos de la CDU – lineamientos programáticos como expresión de normas políticas ordoliberales, que a su vez son una manifestación de *soft law* por su alto carácter persuasivo sobre el cuerpo electoral, aunque en este caso concreto, con marcado carácter prescriptivo sobre la

²⁹ Para un análisis interesante sobre una concepción más amplia de la racionalidad del mercado, que puede incluir medidas de igualdad sustancial: Ver, Wilhelmsson, Thomas, *Le diverse forme di welfarismo nel diritto europeo dei contratti*, cit., p. 276.

³⁰ “Ya sabemos que el BCE está en Fráncfort, eclipsado por el Bundesbank, y debe de ser particularmente sensible a las necesidades de Alemania, el miembro más grande y más rico de la UE. También cabe entender que los alemanes sigan traumatizados por la inflación galopante de la década de 1930, que facilitó el ascenso de Hitler.”, George, Susan, *Sus crisis, nuestras soluciones*, cit. p. 67.

³¹ Somma, Alessandro, *Democrazia economica e Diritto privato. Contributo alla riflessione sui beni comuni*, cit., p. 10.

actividad que realiza la Konrad Adenauer *Stiftung* por la relación de estrecha parentela y dependencia existente entre la *Stiftung* y su partido político mentor alemán –. La globalización representa una oportunidad de expansión global del proyecto alemán asentado sobre los principios de la economía social de mercado, como nueva profesión y evangelio para la convivencia social³².

La génesis del vínculo entre la ‘economía social de mercado’ y el ‘*soft law*’ como parte de la edificación de una tradición liberista europea de origen pangermánica³³, lo desarrolla críticamente el profesor SOMMA a partir del análisis de la propia genealogía del *soft law*, que lo remontan al pluralismo jurídico típico de los tratos medievales, y a la versión del pensamiento organicista ochocentista que permitieron definir un derecho que combinó adecuadamente la eficiencia mercantil y la solidaridad social³⁴. Básicamente, desde el punto de vista ideológico y desde el punto de vista del consenso social, la economía social de mercado en su enfoque normativo trata de desarrollar, recurriendo a tratos neocorporativos, un tipo de derecho contractual en el cual confluye la voluntad estatal y el concurso de los destinatarios de la norma jurídica. De modo que *hard law* y *soft law* se conjugan y se superponen dinámica y funcionalmente para combinar – y trastocar – los valores mercantiles con los valores sociales, la sostenibilidad con la competitividad, la solidaridad con la subsidiariedad, la libertad con la seguridad, la flexibilidad privada del *soft law* con la coercitividad pública del *hard law*, el sentido del ‘*ordine*’ social con el valor de la democracia política y económica. En esencia, reducir ‘la solidaridad

³² “Para la CDU la economía social de mercado representa un modelo de éxito, que posibilitará también en el futuro que podemos vivir en libertad, prosperidad y seguridad. La CDU hace profesión de este modelo económico y social también como una respuesta a los desafíos del mundo globalizado. La CDU es el partido de la economía social de mercado. Ella impuso junto con Ludwig Erhard la economía social de mercado en el periodo de la posguerra a pesar de múltiples resistencias y con ella hizo exitosa a la República Federal de Alemania. La CDU rechaza modelos socialistas y otras formas del colectivismo. Lo mismo vale para un capitalismo desenfrenado que apuesta únicamente al mercado y no dispone de una solución inmanente para las cuestiones sociales de nuestro tiempo. La economía social de mercado sigue siendo nuestro ideal también para la Alemania reunificada en la era de la globalización.”, El programa de bases programáticas, aprobado por la Convención nacional de la Unión Demócrata Cristiana de Alemania (CDU), en Hannover, 3-4 de diciembre de 2007. cit., p.31.

³³ “In ogni caso il modo più adatto per descrivere il processo di costruzione di una tradizione giuridica è forse quello rappresentato dalla ricerca della sua genealogia. Ciò richiede di percorrere a ritroso il cammino per individuare tutte le sue componenti ed il modo in cui sono state intrecciate nei momenti di cambiamento per produrre nuove versioni. Ricostruire la genealogia, permette anche di individuare lungo il percorso altri possibili itinerari ricostruttivi che avrebbero potuto essere seguiti, ma non lo sono stati, e così di mettere in luce che la strada della sua costruzione è segnata dalla storia, dal conflitto e dalla contingenza³³. In questo modo la comparazione si rivela anche una vera e propria teoria critica (della società).”, Marini, Giovanni, *Diritto e politica. La costruzione delle tradizioni giuridiche nell’epoca della globalizzazione*, cit., p. 33.

³⁴ Somma, Alessandro, *Soft law e hard law nella costruzione del diritto privato europeo*, en Somma, Alessandro, *Soft Law e hard law nelle società postmoderne*, cit., p. 155.

en estado de libertad democrática’ a ‘la forzada cooperación en estado de ingente necesidad’.

Estos tres elementos: ‘gobernanza’, ‘soft law’ y ‘economía social de mercado’ conforman un trinomio perfecto que incide sistemáticamente sobre la conformación del orden social en todos sus niveles cuantitativos y cualitativos, y por consiguiente, en la constitución y en la naturaleza del ser social, sea individual y/o colectivo, cuya subjetividad deviene cada vez en mayor medida, como resultado de este proceso de conformación de un ordenamiento de Derecho privado que impone desde el Análisis económico del Derecho una valoración de coste/beneficio a cada uno de los sujetos sociales.

Las prácticas sociales difusas de la economía, de la política y del derecho, a través de la gobernanza y del *soft law*, se corresponden con una concepción totalitaria de una sociedad postmoderna que requiere de un ‘orden’ ambiguo y de una regulación contingente *ad hoc*. En particular, el Derecho deviene en una práctica social y una política contingente – la contingencia no es sinónimo de azar, de casualidad, sino de aquello que no puede ser definido de antemano –, concebido según una ‘ideología implícita’ que según palabras de Gary MINDA, se expone del siguiente modo: “*Nel diritto, il postmodernismo rappresenta il movimento che si allontana dall’interpretazione basata sulla credenza in verità universali, essenze comuni o teorie fondative. Nella teoria del diritto il postmodernismo è quel movimento che rifiuta l’idea di un ‘Governo delle leggi’ basato sulla credenza in un unico autentico ‘Governo delle leggi’, in una ‘struttura’ o in un insieme fisso di strutture , oppure in una concezione generalizzata della teoria del diritto (...) I critici giuridici postmoderni si servono di strategie locali e adatte a risolvere problemi su piccola scala, per sollevare nuove questioni sul rapporto tra diritto, politica e cultura*”³⁵.

1.4 EL DERECHO GLOBAL CONTINGENTE: DERECHO GLOCAL.

En sede de economía social de mercado, y valorizando la conjugación que realiza esta ‘técnica gubernamental’ de la combinación oportunista del *soft law* y del *hard law*, se puede arribar a la consideración ordoliberal de qué entienden por la justicia social y cuáles son los roles funcionales que deben desempeñar el derecho público y el derecho privado al interno del ambiente ordoliberal. De este modo, el punto de encuentro entre el ser individual y el ‘orden del sistema’ se concibe como una actividad funcional en beneficio del orden general del sistema, en el cual la ‘justicia conmutativa’ es competencia del derecho privado, ocupado en garantizar la eficiencia productiva y la calidad del

³⁵ Minda, Gary, *Teorie postmoderne del diritto*, cit. p. 12.

rendimiento laboral; mientras que la función del derecho público, ocupado de la ‘justicia distributiva’, es garantizar la subsidiariedad política que garantiza el buen funcionamiento del orden del mercado, cuestión materializada a través de la provisión de las ‘prestaciones sociales’, en rol inclusivo disciplinante y no emancipativo, propio de las prácticas del modelo fascista de prestaciones sociales en cuanto a garantizar la pacificación social, y la cooperación entre el capital y el trabajo ³⁶. Es por ello, que en sede de una fase de privatización creciente de las relaciones sociales, el Manifiesto sobre la justicia social en el derecho privado europeo, realizó un llamado sobre la necesidad de establecer principios generales que estabilizaran la función ‘distributiva’ y no sólo ‘conmutativa’ del Derecho privado. Llamado realizado y generalizable a las relaciones internacionales: *“Una moderna dichiarazione dei principi del diritto privato dei contratti deve riconoscere il suo ruolo sempre più cardinale nello stabilire la giustizia distributiva nella società”* ³⁷.

La profesora María Rosaria FERRARESE en la introducción de su libro ‘Las instituciones de la globalización’ ofrece su propia visión del ‘derecho global’ como un conjunto de caracteres orientados a conservar un ‘orden’ caracterizado por el riesgo y la imprevisibilidad, dominado por su carácter privatístico y siempre bajo la contingencia de la conformación de un orden jurídico de ‘la necesidad’: *“La globalizzazione, in quanto processo di trasferimento di poteri dagli stati ai mercati, produce significativi effetti nella sfera istituzionale. (...) il diritto globale, piuttosto che garantire ordine e prevedibilità, sembrerà assecondare un nuovo sistema fondato sul rischio y sull’incertezza. Si tratta dell’esito estremo di un diritto che, ripercorrendo le infinite ragioni dello scambio sui mercati, si moltiplica e si frammenta in un inesauribile ordine giuridico ‘della possibilità’. Fondato sullo schema privatistico del contratto. Solo timidamente, qui e lì, il diritto globale mostra altresì una opposta tendenza a ricomporsi in forma unitaria, dando luogo a un ordine giuridico ‘della necessità’, avvalendosi anche della forza, là dove scende in campo per tutelare i diritti umani o il patrimonio naturale.* ³⁸”

El término ‘contingente’ se refiere a que el ‘derecho global’ no responde precisamente a una lógica

³⁶ Somma, Alessandro, *At the roots of European private law: social justice, solidarity and conflict in the proprietary order*, 5.4 – The Economic Constitution as Individual Emancipation, cit., p. 202.

³⁷ Gruppo di studio sulla giustizia sociale nel diritto privato europeo, *Manifesto sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*. cit., pp. 18 y 19.

³⁸ Ferrarese, Maria Rosaria, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Il Mulino, 2000, p. 7.

activa, sino a una *lógica reactiva* que intenta evolucionar sobre la base de dar respuesta a cada dificultad que encuentra la sociedad civil y el circuito de la economía. La globalización, de la mano del *soft law*, abandona la idea del constructivismo jurídico y evidencia el contexto de fragmentación y de pluralización de la experiencia jurídica, que viene constantemente re-escrita sobre la base de los impulsos provenientes de sujetos jurídicos mixtos, públicos y privados. De este modo, el ‘derecho global’ reticular – mucho más horizontal en su aplicación y conformación – abandona una serie de requisitos ‘formales’ como un producto ‘*finito*’ con el cual que históricamente se identificaba, y se presenta más como un *work in progress*, como un flujo condicional de procesos y de secuencia de acciones, tendencialmente incompleto y siempre dinámico, dispuesto a establecer y restablecer las ‘reglas del juego’ social a modo de actualización estratégica de los instrumentos de la ortodoxia jurídica, ora bajo el lente de la cooperación, ora bajo el lente del conflicto.

La temporalidad de la normatividad, que viene definida por las posibilidades de aplicación de la norma por parte de los múltiples y difusos sujetos jurídicos, según la diversidad de contextos, pone en entredicho el propio significado de la legitimidad de la norma originaria del Derecho y su visión del criterio de legalidad, donde este último – el criterio de legalidad que de algún modo todavía queda sujeto en términos de *hard law* – queda siempre sujeto a un criterio de oportunidad. La legalidad, contemporáneamente, viene concebida según el principio de la oportunidad, como un proceso ‘*continuum*’ vinculado a la tasa de gradualidad de la normativa jurídica y su aplicabilidad según criterios de efectividad, validez, vigencia, aceptación, conformidad y observancia de la normativa jurídica³⁹.

La anterior afirmación – en cuanto a poner en entredicho el propio significado de la legitimidad de la norma originaria del Derecho, y su visión de legalidad – no debe poner en entredicho la propia existencia del Estado de derecho occidental –, sino que evidencia dos cuestiones: La primera es la marcada funcionalización del ‘Estado de derecho’, y la segunda, que las prácticas de la gobernanza que alimentan el ‘Derecho global’ a través de las aplicaciones del *soft law*, son más propias y cercanas al *common law* que al *civil law* continental.

En este sentido se expresa la profesora FERRARESE que cita a EISENBERG, y lo hace refiriéndose a la paradoja de que la incerteza del *common law* no se traduce en una falta de confianza en los resultados.

La respuesta viene elaborada a partir de que la norma del *common law* porta tanto una dosis de certeza

³⁹ Pastore, Baldassare, *Il soft law nella teoria delle fonti*, cit., p.130.

como de posibilidades, de modo que es una estructura abierta, y dispuesta a aceptar el aporte ‘electivo’ que viene de la relación entre los sujetos privados. De esta manera, la relación con la norma jurídica es completamente diferente a la que se establece en la tradición *del civil law*, de modo que la norma que deriva del ‘derecho global’, propia de la gobernanza, es aquella que viene vinculada a una ‘*rete di certezze e aspettative*’ y es esencialmente una ‘*open-ended*’ que por fuerza debe referirse a los hechos y al contexto, lo cual vincula la ‘norma global’ a la cuestión de la individuación y *particolarizzazione* de una práctica jurídica ‘dialogante’ entre partes, y la aleja de la generalización y de la abstracción propia del comando legislativo continental ‘monologante’, con un valor eminentemente prescriptivo y de escasa ‘eficiencia’ asociada al centralismo legislativo. A diferencia, el *common law* se presenta como una organización jurídica de carácter descentrado, vinculado ‘*per se*’ a la cuestión de la eficiencia económica de las relaciones contractuales como resultado de la sinergia que se establece con los ‘bajos costes’ de la norma jurídica anglosajona / estadounidense.

La nueva pluralidad de fuentes del Derecho es consecuencia directa, por un lado, de la red de relaciones conformada por la emersión de nuevos sujetos jurídicos privados, a todos los niveles sociales; y por otro lado, como consecuencia de la interminable dinámica y la constante revisión judicial de los principios y las exigencias contrastantes entre el universalismo y el localismo, que afectan la práctica cotidiana de la globalización y que invitan al coloquio con otras ciencias – la sociología, la antropología, la psicología, la historia y la economía, entre otras – y con los movimientos culturales propios de la sociedad civil. De este modo, y siempre teniendo en consideración la ausencia de un ‘Estado global’ consolidado, capaz de establecer normas vinculantes; se promueve un tipo de derecho *soft* que sea capaz de sistematizar y de imponer con carácter *morbido* y eficazmente un orden estable y uniforme en todo el espacio global, que privilegie un ‘individualismo de la diversidad’ y que dosifique y funcionalice, aún más, el derecho a la libertad económica individual históricamente condicionado.

Por todo lo anterior, es más conveniente expresarse en términos de ‘*diritto glocale*’ como expresión de la mixtura que se establece entre las exigencias globales y las opuestas tendencias locales. Entre la tendencia hacia una reconstrucción unificante del derecho global y la desestructuración pluralista que nace de la dimensión local.

El efecto más importante que se produce en el ‘derecho glocale’, como resultado de la transformación de la ‘norma jurídica’ en ‘reglas del juego reactivas’, es la pérdida de la capacidad prescriptiva del derecho de estampa nacional, en virtud de su constante ‘proceduralización’ y de su continua y

creciente ‘privatización’ que le hacen sensible y adaptable a las diferencias de contexto y a las exigencias de las mutaciones sociales. En este escenario de ‘reglas del juego’, el *contrato* – como instrumento normativo privado con su capacidad de adaptación y de flexibilidad –, se presenta como el arquetipo regulador por excelencia de las relaciones jurídicas del mundo postmoderno.

En todo caso tanto el *soft law* como el *hard law*, en sentido amplio, son dos mecanismos propios de la ‘actividad’ del Derecho, que conviven y actúan como instrumentos de regulación de las dinámicas sociales con elevada potencialidad de integración y complementación mutua⁴⁰. Seguramente la preferencia por uno u otro, dependerá del actor en cuestión y de las circunstancias particulares de la sociedad marcadas por la necesidad, según la relación del vector del campo de fuerzas en un momento dado. *A la fine*, se trata de la capacidad del sistema jurídico para producir un mejor ‘ordine’ y una mayor previsibilidad, en un menor tiempo posible. “*Naturalmente, Hayek era ben lungi dal pensare che l’attribuzione della produzione del diritto alla politica non comportasse pericoli reali per la libertà individuale, ma riteneva che in particolari circostanze, quell’attribuzione, purchè – come s’è visto – vincolata, fosse preferibile ad uno stato di disordine. (...) Ma il problema esiste, e si può dire che per uscire da uno stato di incertezza si fa quel che si pensa sia – in quel particolare momento – la cosa migliore*⁴¹.”

2 DEL *RULE OF LAW* AL *RULE OF MARKET*.

De este modo, la eficacia de la hegemonía occidental en la conformación *de facto* de la gobernanza global, no puede romper abiertamente con el consagrado y retórico respeto clásico al *rule of Law* y por ende acude a su funcionalización a través de la formulación multifuncional de la juricidad del *soft law* – función normativa, orientativa, informativa, de comunicación y de socialización –⁴² que no viene definida sólo en su tradicional función normativa por un mayor grado de formalización de las normas jurídicas y del poder material de coerción, sino que por el contrario, viene implementada a partir de

⁴⁰ “*Soft law e hard law, così, convivono come plessi normative spesso intrecciati nel processo di articolazione progressiva del material giuridico, contribuendo entrambi, in relazione ai concreti ambiti sociali ad alle specificità reglative, alla prestazione volta ad orientare i comportamenti e a prendere decisioni. Tale processo caratterizza il diritto come attività che presenta costitutivamente gradi più o meno intensi di giuridicità.*”, Pastore, Baldassare, *Il soft law nella teoria delle fonti*, cit. p.131.

⁴¹ Cubeddu, Raimondo, *Soft law e hard law nella prospettiva dell’Austro-liberalismo*, cit., p.45.

⁴² Ferrarese, Maria Rosaria, *La governance tra politica e diritto*, cit., p. 49.

una infinita variedad de formas, difícilmente todas identificables a partir de un criterio común, de prácticas, de procedimientos y de usos que modelan las nuevas formas de comportamientos sociales⁴³, revestidas de la objetividad y de la imparcialidad que derivan del Análisis económico del derecho.

Las nuevas formas ordoliberales de comportamientos sociales, individuales y colectivos, promueven la socialización, la interiorización y la estandarización de valores sociales históricamente condicionados por las relaciones de fuerzas, que sin lugar a dudas, incluyen prácticas segmentadas y nuevos tipos de discriminaciones culturales a partir de las cuales definen la función que debe cumplimentar cada integrante del sistema–mundo; evidentemente a partir de la propia actitud de resistencia y la pesimista gestión local del estigma que desarrollan los actores sociales ubicados en la periferia del sistema⁴⁴, y en correspondencia con la consolidación del pensamiento del ‘*ordine proprietario*’ y la concepción de la ‘*società privata*’ global según los intereses globales⁴⁵.

En este sentido, corresponde esclarecer la idea anteriormente expuesta sobre la centralidad de la existencia de los Estados nacionales, en un orden ordoliberal internacional regido por un modelo de gobernanza, para matizarla exponiendo que lo realmente necesario para la redefinición de un ‘proyecto ordoliberal global’ no es la existencia propia y física del Estado nación territorial moderno, sino la existencia de un ‘ente institucional postmoderno’⁴⁶ con refinada capacidad coercitiva para suministrar los recursos y las necesarias instituciones, dinámicas y eficaces, que articulen la funcionalidad de la gobernanza económica y del mercado local con el proyecto global cooperativo de dominación postmoderno⁴⁷. Se trata entonces, desde el vértice del ejercicio del poder, de continuar la búsqueda y

⁴³ Ferrari, V., *Funzioni del Diritto*, Roma – Bari, Laterza, 1995.

⁴⁴ Goffman, Erving, *Estigma. La identidad deteriorada*, cit. p. 25.

⁴⁵ Somma, Alessandro, *Economia di razza. Dal fascismo alla cittadinanza europea*, cit. p. 110.

⁴⁶“(…) *La garantía estatal del derecho, no es, desde una perspectiva puramente teórica, indispensable para ningún fenómeno económico. (...) Esta es la obra del desarrollo del mercado. El poderío universal de la sociedad que constituye el mercado demanda, por un lado, un funcionamiento del derecho calculable según reglas racionales. Y por la otra, ... la extensión del mercado favorece según sus consecuencias inmanentes, el monopolio y reglamentación de toda fuerza coactiva “legítima” por medio de un instituto coactivo universal, destruyendo todas las estructuras coactivas particulares, que descansan, las más de las veces, en monopolios económicos, estamentales o de otra clase.*”, Gessner V., *Comparación Jurídica y pluralismo jurídico global*”, cit. p. 122.

⁴⁷“*The fact that state authority is passed of firms, INGOs and NGOs does not mean that states lose and non – state actors gain authority. Rather, it signifies a new way of sustaining capitalist accumulation in an era of global structural change. What appears at first sight as a competition for authority turns out to be a strategy for the continuation of the same system of economic production, only under new conditions.*”, Higgot, R. A., Geoffrey Underhill, Andreas Bieler, *Non State Actors y Authority in the Global System*, cit. p.6.

la rearticulación de nuevas formas autoritarias y funcionales de gobernanza y de administración de la sociedad, incorporando una visión reducida e instrumental del territorio y del Estado de derecho, y asumiendo la comprensión del territorio del Estado nacional como espacio de reproducción y de transformación de la totalidad de las relaciones sociales⁴⁸.

El *soft law* como técnica privilegiada⁴⁹, responde a la contingencia del aumento de la complejidad de los intereses internacionales en juego y a la creciente interpenetración económica de la realidad social internacional, en la cual cada vez ganan mayor espacio y preeminencia los actores privados, lo cual conduce a un diálogo judicial entre cortes jurídicas nacionales e internacionales, que va más allá del diálogo oficial entre las sentencias y las resoluciones jurídicas, y alcanza las comunicaciones informales y las relaciones personales a través de una intensa red de coloquios, de congresos internacionales, de sitios informáticos, etc., que son expresión del paulatino abandono, de la sustitución y del repensamiento de las modalidades jurídicas de origen iluministas y su reformulación por prácticas jurídicas propias del reformado Estado de derecho *postmoderno*, que abandona la clásica expresión del ‘imperio de la ley’ por aquellas formas contractuales que son expresión de la gobernanza económica global. Gobernanza económica global que se reinstitucionaliza en las relaciones de poder según la ideología liberista en boga. *“La natura negoziale di gran parte del soft law mostra come l’attitudine autoritaria e ‘dirigistica’ dello stato vada temperandosi attraverso la preferenza per metodi consensuali e ‘partecipati’ di produzione normativa: per questo motivo la gobernanza viene richiamata come ‘integratore’ del carattere democratico della decisioni”*⁵⁰.

El discurso sostenido se acoge a la tesis del profesor SOMMA, acerca de la significación contemporánea

⁴⁸ *“D’altra parte, gli scenari della democrazia e della governance tendono a non coincidere: lo scenario democratico ha le sue basi territoriali, che gli permettono di far riferimento anche a un demos ben definito. Questi due elementi, territorio e demos, tendono a mancare nella governance, che costituisce di volta in volta i propri scenari e i propri soggetti, sulla base di specifiche e sempre variabili esigenze.”*, Ferrarese, Maria Rosaria, *La governance tra politica e diritto*, cit., p. 13.

⁴⁹ *“Conflictos sociales como los que tienen lugar en la distribución de los excedentes de producción o en la decisión sobre las cuotas de participación en los recursos comunes, son mediados y resueltos por instituciones. Tales instituciones pueden presentarse como derecho formal o informal, encaminándose a crear normas para el mercado (por ejemplo, normas de promoción para prácticas de mercado justas) o simplemente como un mercado en el que se compran las normas. Lo que el derecho no cubre y determina es cubierto y determinado por las fuerzas del mercado que, por definición, se regulan a sí mismas (aquí, naturalmente, estamos hablando de la regulación del derecho privado) o son menos severas. En consecuencia, los actores fuertes del mercado prefieren el soft law porque, como es obvio, en ausencia de toda fuerza regulatoria del sistema jurídico, son capaces de hacer las reglas del mismo juego en el que toman parte.”*, Mattei, Ugo, *The European Codification Process Cut and Past*, The Hague. 2003. p. 117.

⁵⁰ Bin, Roberto, *Soft law no law*, cit. p. 34.

del Estado: “*En efecto, sin dudas es necesario rechazar el fortalecimiento del papel del Estado cuando, como en la época fascista, conduce a la prevalencia de las valoraciones políticas no mediadas por el mecanismo democrático o, en todo caso, sensibles únicamente a valoraciones del circuito económico. Por el contrario, es necesario apoyar el papel del Estado cuando esto conduce a incrementar el nivel de resocialización de la economía*”⁵¹.

De tal modo, la máxima liberal del *rule of law* – y con ello el imperio del Derecho sobre la acción política y económica que forma parte de la retórica liberal – viene reemplazada por la máxima liberista del *rule of market*; a lo cual se une el documentar la tradición del *western legal* para ocultar y justificar la preeminencia estadounidense sobre la cultura jurídica continental europea como una cuestión cultural compartida de raíz *occidental*, y no como un estratégico retroceso cultural y político de la presencia de Europa continental en el actual contexto internacional ⁵². La acción trasatlántica común representa para Alemania – y para el derecho continental codicístico de estampa romana–germana–francesa – una forzada oportunidad de renovación, una decisión de naturaleza geopolítica y una cuestión de retórica de ‘digna sumisión’ como segunda mejor opción⁵³. En todo caso, en sentido ‘organicista’, se continúa a reinventar y reconstruir los límites de una tradición occidental común, capaz de ser operativa para dar una respuesta legitimada a la cambiante y contingente situación estratégica global⁵⁴.

⁵¹ Somma, Alessandro., *Introducción crítica al Derecho europeo de los contratos*”, cit. p. 45. Ver también, Somma, Alessandro, *Scienza giuridica, economia e politica nel diritto privato comunitario*, cit., p. 246.

⁵² Somma, Alessandro, *Temi e problema di diritto comparato. Diritto comunitario vs. Diritto comune europeo*, cit., p. 141.

⁵³ “*La comunidad transatlántica descansa sobre un fundamento de valores compartidos, que es único en todo el mundo. Con Estados Unidos y Canadá nos une una asociación y amistad a todas luces probada, que queremos seguir desarrollando. Ambos Estados fueron fundados por europeos. Los principios de la declaración de independencia americana se convirtieron a finales del siglo XVIII en un modelo para los países europeos, primero en Francia en el 1789, más tarde también en Alemania. Sobre todo a Estados Unidos debemos que Alemania y Europa fueran liberadas del nacionalsocialismo y del comunismo. Sin el apoyo de Estados Unidos la unidad alemana y la reunificación europea no hubieran sido posibles como se dieron. Buscar y defender reiteradamente posiciones comunes con nuestros socios transatlánticos, Estados Unidos y Canadá, adquiere una creciente relevancia. Con base en el fundamento de nuestros valores comunes queremos fortalecer el peso de la comunidad de valores occidental.*”, El programa de bases programáticas, aprobado por la Convención nacional de la Unión Demócrata Cristiana de Alemania (CDU), en Hannover, 3-4 de diciembre de 2007. cit., p.67.

⁵⁴ “*La metáfora organicista a la que los juristas de tiempo en tiempo se refieren para explicar el modo en el que una tradición viene a existir y si se desarrolla no aparece más adecuada. En el enfoque organicista de hecho la tradición jurídica es un conjunto único que evoluciona y mantiene la propia “originalidad” según una lógica interna y que, a su vez, se encuentra en*

En términos de MICKLITZ⁵⁵, entre el proceso de economización del Derecho privado que afecta directamente los valores y los conceptos clásicos de esta disciplina, y el proceso de politización que desnaturaliza la esencia del Derecho como actividad teórica y práctica autónoma, con un rol propio que jugar en la conformación social, se va produciendo un *schiazzimento* tanto del Estado de derecho como del Derecho en sí mismo. A la cuestión de: ¿Qué es lo que queda del Estado de derecho? Responde MICKLITZ con tres tendencias identificadas en varios estudios de investigación relacionadas con el Derecho privado comunitario europeo, perfectamente válidas para el análisis global que se propone: –1–La intensificación de la transformación de la norma jurídica en parte de un programa de naturaleza político y con ello acarrea un proceso de ‘*de-giuridizzazione*’. – 2–El proceso deliberativo en el órgano legislativo deja de ser un debate público y políticamente abierto, para trasladarse a la red informática y a los circuitos cerrados virtuales *on line*, con accesos restringidos válidos solo para determinados interlocutores, lo cual genera a su vez un proceso de ‘*de-politicizzazione*’ según las nuevas prácticas de la gobernanza. – 3– La aplicación de la norma jurídica se traslada de los tribunales a los diferentes organismos públicos, que intentan encontrar una solución al diferendo a través de mecanismos no vinculantes; con lo cual se confirma que, fuera del circuito del control judicial, se viene realizando un proceso de ‘*de-giudilizzazione*’ del Derecho.

Llegado a este punto de tendencias enunciadas como resultado de la doble compresión de los circuitos de la política y de la economía, volcados sobre el Derecho, solo resta considerar que el Estado de derecho y el Derecho mismo, están actualmente a expensas de continuos procesos de transformación a través de la *de-giuridizzazione*, de la *de-politicizzazione*, y de la *de-giudilizzazione* con lo cual se convierte en una exigencia el intentar determinar el nuevo papel *funcional* y autónomo del Derecho al interno de la realidad social. “(...) *il rule of law, nell contesto della globalizzazione, tende anch’esso a subire contaminazioni e, invece che essere tematizzato come un requisito puramente giuridico, assume piu ampie connotazioni culturali e persino economiche. Una contaminazione del rule of law con argomenti di carattere economico è ad esempio evidente laddove si considera che esso ‘attrae*

*relazione con altri più complessi insiemi come un’altra tradizione giuridica egemonica o una cultura non giuridica locale. Ora certamente la tradizione è indispensabile perché delimita gli orizzonti interpretativi, tutti i significati possono assumere senso soltanto all’interno di una tradizione*⁵⁴. *E questa tradizione cambia continuamente , si evolve nel tempo. Ma se è qualcosa dalla quale veniamo governati, non è altrettanto sicuro il contrario: cioè che la tradizione non possa essere, a sua volta, essere governata.*”, Marini, Giovanni, *Diritto e politica. La costruzione delle tradizioni giuridiche nell’epoca della globalizzazione*, cit., p. 32.

⁵⁵ Micklitz, H.W., *La mano visibile del Diritto Privato Europeo en materia normativa. La trasformazione del Diritto Privato europeo dall’autonomia al funzionalismo nella concorrenza e nella regolamentazione.*, cit., p.54.

*capitali' e dunque, soprattutto per i paesi in via di sviluppo, la sua ricezione significa anche maggiori possibilità di espansione economica perché incoraggia gli investimenti stranieri*⁵⁶.”

El ideal del *rule of law* como expresión normativa del positivismo jurídico de la ‘vieja modernidad’, que se expresaba a través de la unidad, la plenitud y la coherencia del orden jurídico kelseniano asentado sobre la idea de la norma fundamental (*Grusdnorm*), que respondía a una concepción jerárquica de su estructura y su funcionamiento, no puede explicar la actual realidad de irrupción de los difusos intereses privados y el significado de los nuevos ordenamientos jurídicos. La teoría iuspositivista pura del Derecho a través de la cual todos los procesos normativos eran convergentes a la idea de la ‘norma fundamental’, cede ante las nuevas prácticas horizontales y no vinculantes del *soft law* y ante la complejidad de los nuevos actores de la realidad social globalizada. Súmese a lo anterior, que se produce la pérdida del prestigio de las tradiciones jurídicas – en particular en el espacio continental europeo – suplantadas por usos contingentes y difusos, todo lo cual provoca el desplazamiento, tanto de la centralidad de la ley como del momento de producción legislativa, de modo que se impone una nueva perspectiva metodológica policéntrica “*capaz de sustituir la imagen jerarquizada y piramidal del orden normativo por una visión horizontal de intersección de una pluralidad de estructuras normativas, de procedencia heterogénea y que hacinadas formarán un panorama del ordenamiento jurídico bastante parecido a una bóveda*⁵⁷.”

Siempre que en el desarrollo del texto se ha empleado la expresión ‘postmoderno’ referido al Derecho, se está enfatizando la forma de gestión de las relaciones sociales en el sentido cooperativo como unidad de opuestos que no se sintetizan a través de una lógica dialéctica, sino que conviven en una dinámica de equilibrio crítico que permite conservar y reproducir el *status quo*.

La expresión ‘postmoderno’ se refiere a un tipo de ‘deconstrucción’ privilegiada por los ‘juristas postmodernos’ que invierten sistemáticamente la ‘moderna’ relación jerárquica entre los conceptos tradicionales. Es por este motivo que en el texto se utiliza recurrentemente la expresión postmoderna para caracterizar la actividad de la Konrad Adenauer *Stiftung*, en el sentido que la concepción de la ‘economía social de mercado’, como expresión del pensamiento ordoliberal, ‘rompe’ con la tradicional

⁵⁶ Ferrarese, Maria Rosaria, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, cit., p. 125.

⁵⁷ Pérez Luño, Antonio-Enrique, *Teorías contemporáneas de la filosofía y la teoría del Derecho*, Quinta edición, Madrid, 2007. p. 233.

concepción moderna de la teoría económica liberal y da entrada ‘funcionalmente’ a la cuestión social.

El pensamiento ordoliberal, estructurado a través de órdenes, todos complementarios, en equilibrio y condicionados entre sí sin una jerarquía absoluta, le permite generar y aplicar un tipo de dinámica difusa de instrumentalización estratégica integral del gobierno y de la sociedad, que se apoya en el elemento normativo como dispositivo disciplinante y de legitimación: “(...) *di fatto, il rovesciamento delle gerarchie concettuali tradizionali, ottenuto per mezzo della decostruzione, non serve a fondare nuove gerarchie, ma a mostrare l'impossibilità di ogni gerarchia e di ogni fonazione*”⁵⁸.

En este sentido, el postmodernismo que genera la propia actividad de la Konrad Adenauer *Stiftung* en América Latina, se orienta también a apoyar cualquier operación que se oriente hacia una mayor formalización jurídica de la actividad económica y hacia una mejor estabilidad de las instituciones sociales, políticas y gubernamentales propias del Estado de derecho, que a su vez se traduzca en un mejor ‘*ordine*’ y en una más armónica gestión de la sociedad desde la gobernabilidad de las diferencias y las tensiones sociales, que permita por supuesto su mejor integración al ‘*ordine globale*’: “ (...) *nel terzo mondo il sistema istituzionale è privo dei meccanismi formali e delle garanzie di applicazione che sottostanno ai mercati efficienti. Tuttavia, in quei paesi si sviluppano spesso settori informali, vere e proprie economie nascoste che operano per favorire l'emergenza di strutture di scambio. Il loro costo è elevato perché la mancanza di tutele giuridiche dei diritti di proprietà riduce l'attività economica a un sistema di scambi personalizzati.*”

En relación con el punto anterior, existe una evidente relación entre el *rule of law* y el *rule of market*, y un paralelismo entre la eficiencia económica y la eficacia jurídica⁵⁹.

El *rule of law* y la eficacia jurídica quedan funcionalizados por la concepción ordoliberal del derecho, cuyos representantes suponen que los procesos de mercado funcionarán bien o mal, en razón de la naturaleza del cuadro jurídico e institucional en dónde estén situados. De modo que la cuestión a determinar radica en reconocer, en cada momento, cuáles son contingentemente las reglas del juego que deben configurar el cuadro normativo – y que no necesariamente deben ser imperativas –. *A la fine*, es un tema de elecciones institucionales teniendo en cuenta las ventajas respectivas de cada una

⁵⁸ Minda, Gary, *Teorie postmoderne del diritto*, Presentazione da Mauro Barberis. cit. p. XV.

⁵⁹ Ferrarese, Maria Rosaria, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, cit., p. 85.

de las posibles opciones, según las consideraciones del *rule of market* y las consideraciones de la eficiencia económica. En palabras del profesor Monateri: “*Naturalmente la base di questo approccio è fondata sull’importanza del sistema giuridico per lo sviluppo economico: ogni aiuto diretto allo sviluppo è inutile, occorre piuttosto modificare le regole giuridiche del sistema per renderle adatte allo sviluppo. In altri termini lo sviluppo non può essere finanziato se non attraverso riforme giuridico istituzionali. Occorre quindi determinare le caratteristiche della legislazione che si trovano nei sistemi più sviluppati, e propagandarne l’adozione* ⁶⁰.”

En cualquier caso, es importante tener presente que la relación entre los intereses privados – sean estos nacionales o internacionales – y el espacio determinado por el interés público y el concepto de soberanía nacional es un ‘juego de suma cero’, de modo que en la actual tendencia del diagrama de líneas de fuerzas, tanto el interés público como el concepto de soberanía, queda restringido y funcionalizado por la ‘razón económica’ y el creciente poder de las instituciones globales. La concepción del estado nacional deja de ser aquella ‘*superiorem non recognoscens*’ de modo que es cada vez más manifiesto que las cortes judiciales, nacionales e internacionales, acojan las reclamaciones interpuestas por sujetos privados contra determinado comportamiento o decisión estatal, lo cual refleja la mutación del sentido del atributo de la ‘soberanía nacional’ de los estados – mutación del sentido del atributo de la ‘soberanía nacional’ que deviene, desde la torcida retórica del discurso de las élites de la gobernanza mundial, más ‘nacional’ en cuanto más permeada esté por los intereses privados nacionales – una práctica típica nacionalista – y más ‘soberana’ en cuanto a que esté más abierta y desregularizada al capital transnacional foráneo– una práctica típica imperialista –; todo lo cual conduce a una mutada ‘soberanía nacional’ que intensifique la incorporación de los Estados nacionales al contexto internacional y su incorporación más plena al circuito de los flujos financieros de capitales especulativos.

La práctica de la gobernanza promueve la invisibilidad del vínculo entre los intereses públicos y los intereses privados, y la necesidad de la interdependencia recíproca y asimétrica entre los actores sociales, políticos y económicos. En este rol, el fenómeno de la creciente internacionalización del sistema judicial y la multiplicación del diálogo entre las cortes de justicia, es un dato importante que somete al sistema legal a cambios y correcciones, cada vez menos ligado a la legalidad nacional y más

⁶⁰ Monateri, Per Giuseppe, *Globalizzazione e diritto europeo dei contratti*, cit., p. 176.

vinculados a los aspectos de la demanda global, de modo que la habilidad y la eficacia de los argumentos de las partes involucradas en la estrategia de reivindicaciones de los intereses particulares, tienen una enorme importancia en la producción de los resultados jurídicos a todos los niveles, lo cual alimenta un tipo particular de producción doctrinal como fuente del Derecho y de actuación de los jueces, que deben observar los cambios a nivel global y las tendencias internacionales del diagrama de fuerzas de la *líquida* realidad social como parte de un continuo proceso de reinstitucionalización del Derecho y de confirmación de la validez de las normas y de sus institutos jurídicos, muy cercano al desempeño político y a la promoción de los valores sociales emergentes.

El ‘multilocalismo’ jurídico que nace como respuesta local a la globalización de las relaciones económicas, y que provoca una desacralización de los presupuestos normativos, genera un tipo de ‘psicología jurídica’ de los sujetos que consideran y piensan al propio sistema normativo como algo mutable, en todo o en parte, e intercambiable con otras reglas y sistemas normativos foráneos⁶¹. El criterio regente, no es tanto la eficiencia como sí la eficacia; y si puede ser eficaz y eficiente, mucho mejor para la norma jurídica y su compatibilidad con el sistema económico.

De este modo en la práctica de la gobernanza, el derecho re–considera su propia legitimación a través del reconocimiento de los grupos organizados de intereses privados, y concurrentemente, vuelca su atención sobre las reivindicaciones de justicia formuladas por el interés difuso de los grandes grupos sociales. Todo ello se representa como la *quinta* esencia del ejercicio de un poder judicial, constitucional y democrático, que según un criterio de economía judicial y un sentido de oportunidad, actúa y se manifiesta sin que ello necesariamente comporte un accionar que porte una *strada* a la igualdad social en el sentido distributivo de mayor equidad material.

3 LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO COMO MÉTODO INDUCTIVO.

La Economía Social de Mercado pretende constituir un marco para futuros desafíos y que en verdad es “una idea de estilo progresivo cuya forma concreta requiere de una sucesiva adaptación”
(Müller–Armack)

En todo caso y en última instancia, la verdadera misión de la Konrad Adenauer *Stiftung* es promover el establecimiento y la consolidación gradual del ‘orden’ capitalista estratégicamente hegemónico, y con ello evitar una deriva diferente de los acontecimientos sociales, actuando como advertencia del peligro

⁶¹ Ferrarese, Maria Rosaria, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, cit., p. 47.

político y de muro de contención ideológica ante cualquier atisbo de ideales socialistas, o profundamente alternativos, que cercenen los principios de la competencia económica liberal y su consustancial corolario político manifestado en la formal democracia partidista y plural occidental – estos son los fundamentos que informan la identidad corporativa del universo KAS –.

Para ello la KAS promueve e ‘induce’, – en el marco de su visión global ordoliberal del Estado burgués –, la fórmula promocional de la ‘economía social de mercado como el método válido’ – más que como modelo históricamente condicionado y legitimado por su asunción, tanto en la Alemania de *dopo* guerra como en la reunificada, y posteriormente por la Unión Europea – para la constitución de ‘una constelación hegemónica internacional de estados ordoliberales’ que debe ser capaz de garantizar, como un bloque unitario y uniforme, la reorganización de los estados nacionales gendarmes latinoamericanos y su capacidad de coordinación y de gestión estable del gobierno – *‘il principale compito dello stato’ è fornire ‘le garanzie della libertà individuale e della proprietà’*.

En esencia se trata de lograr y de implementar, a partir de la vocación estratégica germana, la continua adaptación de la fórmula de la ‘economía social de mercado’ a las necesidades del *ordine* global. A nivel particular, la estrategia ordoliberal requiere implementar, a través de un ‘proceso hegemónico’ de integración periférica y pacífica de América Latina a la actual agenda oficial de mundialización de la economía y de gestión integrada y multilateral del esquema del poder global, la articulación más estrecha de la gobernanza global a nivel de países latinoamericanos. La proyección de la ordopolítica alemana, que ha convertido a la ‘economía social de mercado’ en un concepto operativo de alcance global, no deja lugar a dudas en cuanto a sus perspectivas y a sus pretensiones hegemónicas *soft* de liderazgo mundial: *“Las oportunidades están en revivir nuestros valores y nuestras capacidades, pero también en convencer a nuestros socios dentro y fuera de la Unión Europea del modelo de la Economía Social de Mercado como condición de prosperidad y paz, para que de esta manera también se acepten los rasgos esenciales de la Economía Social de Mercado como marco ordenador internacional”*⁶².

La convergencia entre el proceso hegemónico de dominación y la eficiencia económica, en sede del funcionamiento de la gobernanza y de inducción global de la economía social de mercado, lo explica la profesora María Rosaria FERRARESE en términos de ‘economía del poder’ – *economia del potere* –

⁶² Resolución de la XXII Convención Partidaria de la Unión Demócrata Cristiana de Alemania (CDU): El centro. El fuerte de Alemania., Economía Social de Mercado. Diálogo Político, Revista trimestral No. 1, marzo 2009. Argentina. p. 186. Disponible en, <http://www.kas.de/argentinien/es/publications/16719/>.

de la siguiente manera: *“El ahorro de fuerzas por parte del poder permite evitar el surgimiento de fricciones y de actitudes de resistencia de parte de los destinatarios de las decisiones. Hacer que los destinatarios compartan las decisiones, en vez de imponerla, de obtener la obediencia sin ordenarla, de prevenir los conflictos en lugar de tener que resolverlos, constituyen las tendencias y las características de la gobernanza”*⁶³.

Perfectamente la estrategia de ‘exportación y de trasplante ordoliberal germana’⁶⁴, en forma de método para la constitución de una ‘constelación hegemónica’ en la región latinoamericana, puede ser estudiada e identificada en una perspectiva comparatística continental, valorando las cuestiones comunes y diferentes a través del espacio local y nacional, insertos en el tiempo histórico. *“En consecuencia, la Economía Social de Mercado debe ser vista como un modelo dinámico que utiliza el catálogo de principios ordoliberales como un modelo de referencia permanente. Este modelo ordoliberal de referencia sirve de guía para llevar a la práctica diferentes políticas sociales y económicas en diferentes regiones en vías de desarrollo. El Consenso de Washington, por otro lado, ignoró todos los factores exógenos al marco microeconómico y propuso una filosofía idéntica para todos con una política igualmente idéntica para todos. En cualquier caso, la Economía Social de Mercado dependerá siempre de la capacidad fiscal”*⁶⁵.

De modo que la actual imagen de legitimidad ‘interna’ alcanzada por la Fundación política objeto de estudio, viene precedida de la experiencia de trabajo y de gestión acumulada durante décadas de presencia continua, y por los resultados del trabajo archivado conjuntamente con sus interlocutores locales en América Latina. Su legitimidad “externa” procede de la acumulación histórica de legitimación que el modelo económico ordoliberal alemán ha obtenido durante más de 60 años de implementación – extendido explícitamente en el año 2007 a la arquitectura del modelo económico de la Unión Europea a través del Tratado de Lisboa –, y la propia labor de la fundación en el plano

⁶³ Ferrarese, Maria Rosaria, *La governance tra política e diritto*, cit., p. 64.

⁶⁴ *“Renovación de la economía social de mercado en el mundo globalizado. La globalización es un proceso que llevan a cabo las personas, en el cual podemos influir y formar. Si somos consecuentes con el principio de que nuestra política sea económicamente razonable y socialmente justa, entonces la globalización no significa el fin del Estado social ni de la economía social de mercado. Más bien puede significar el inicio de su aceptación mundial. Una nueva política económica tiene que arraigar internacionalmente los estándares de la economía social de mercado alcanzando, con ello, una nueva dimensión.”*, El programa de bases programáticas, aprobado por la Convención nacional de la Unión Demócrata Cristiana de Alemania (CDU), en Hannover, 3-4 de diciembre de 2007. cit., p.31.

⁶⁵ Marktanner, Marcus, Winterberg, Jörg M., *Consenso de Washington vs. Economía Social de Mercado*, cit. p120.

internacional.

Tanto, para cultivar un caso de legitimidad como para el otro, la Konrad Adenauer *Stiftung* cuenta con una amplia red de colaboradores institucionales, gremios, corporaciones, sindicatos, universidades, institutos de investigación y partidos políticos, entre otros, que se dedican a la divulgación de los beneficios del modelo de la ‘economía social de mercado’ – más que como solución importada para América Latina – como ‘método inductivo’, flexible y dinámico, capaz de adaptarse de manera racional y objetiva, a las precarias condiciones imperantes en cada una de sus sociedades⁶⁶. Para ello, incluso, utilizan los enormes desvaríos provocados por las políticas neoliberales impulsadas desde Washington en la última década del siglo pasado, sopesando entonces los beneficios económicos y sociales que podrían obtenerse con la aplicación de ‘políticas ordoliberales’: *“Como consecuencia de ello no sólo se observa una creciente resistencia contra el Consenso de Washington y los conceptos neoliberales, sino también contra el mercado y la democracia misma. Sin embargo, el problema no es el mercado o la democracia. El problema radica en que el Estado no asume adecuadamente su rol en el proceso de desarrollo. Al menos éste es el argumento básico esgrimido por los economistas en línea con la Economía Social de Mercado. ¿Por qué la Economía Social de Mercado es una alternativa válida respecto del Consenso de Washington? Nuestro principal argumento es que el Consenso de Washington fracasó porque partió de la hipótesis de que la liberalización de los precios y las privatizaciones generarían sociedades con igualdad de oportunidades, en tanto que para los defensores de la Economía Social de Mercado la causalidad transcurre en sentido contrario. Sólo las sociedades con igualdad de oportunidades pueden sustentar reformas económicas importantes. No obstante, con el fin de lanzar y sostener la competencia en sociedades con igualdad de oportunidades hace falta contar previamente con un Estado e instituciones fuertes, en condiciones de prevenir desequilibrios sociales en caso de que los ajustes estructurales, las privatizaciones y las medidas de liberalización perturben la paz social”*⁶⁷.

Todo lo anterior conforma un ‘acervo de concertación de valores solidarios corporativos con un claro propósito identitario del universo *kasiano*’, que constituye el tejido básico e imprescindible de la red de relaciones continentales de la KAS con sus interlocutores locales latinoamericanos, piedra angular

⁶⁶“*Se il potere economico «non è nulla di irrazionale o di mistico, è concepibile e accessibile razionalmente», allora l’attenzione per il contesto spazio-temporale in cui esso si manifesta è naturalmente destinato a dissolversi.*”, Somma, Alessandro, *L’economia sociale di mercato/2. Dal nazionalsocialismo all’ordoliberalismo*. cit., p.8.

⁶⁷ Marktanner Marcus, Winterberg Jörg M, *Consenso de Washington vs. Economía Social de Mercado*, cit. p. 99.

de su imagen de legitimidad política, de seguridad y precondition de su acción – la desconfianza es un obstáculo a la legitimidad de actuación –⁶⁸. Esta seguridad y confianza son, en términos económicos, un ‘bien público’ o, formulado en términos socioéticos, un requerimiento del bien común.

A lo anterior, se adiciona que la ‘falsa ambigüedad’ cultivada en cuanto a la crítica del discurso y las prácticas neoliberales estadounidenses de larga e histórica data, es una mera cuestión de oportunidad – y de oportunismo político –⁶⁹. Ambas escuelas comparten una misma matriz liberista de origen, con más puntos de contactos que diferencias; a lo sumo, es una cuestión de grados de diferencias entre agentes igualmente sofisticados que se encuentran, desde el vértice del poder, en franca competencia no antagónica que anula cualquier posibilidad de proyectos alternativos.

La capacidad inductiva de la economía social de mercado, como fórmula mágica, radica en intentar transpolar la particular evidencia del triunfo del modelo ordoliberal de gestión social en el espacio germano, a toda la realidad genérica global, en particular, en el espacio geográfico y social latinoamericano.

4 ‘COOPERACIÓN PERFECTA’ ENTRE ESTADOS E IDEOLOGÍAS.

Ambos modelos de sociedades, promovidos desde el ordoliberalismo germano y el neoliberalismo estadounidense, establecen una mutua dependencia sobre los mismos elementos comunes e intereses globales que exige la necesidad de llegar a acuerdos, aunque no sea más que para evitar el fracaso mutuo⁷⁰. Es un caso de ‘cooperación perfecta’ entre estados e ideologías que aspiran a consolidar sus

⁶⁸ Carmona, S. I., *De la retórica no gubernamental sobre la cultura a la cultura no gubernamental*, en *Las ONG y la política*, Ciencia Política, Istmo, 2002. p. 116.

⁶⁹ “En América Latina, no solamente más de cien años de ‘doctrina Monroe’ (la teoría política que desde fines del siglo XIX reivindica el monopolio de la influencia de los USA en las cuestiones políticas sudamericanas), sino un estructurado programa de intervención cultural y propagandista, conocido como movimiento de ‘law and development’ constituyen factores políticos decisivos que explican la circulación del modelo. La penetración y la influencia del modelo estadounidense que, a causa de la ‘doctrina Monroe’, ha podido realizarse en América Latina durante los largos años de la Guerra Fría ha sido imposible en muchos otros países conocidos entonces como del tercer mundo (el primer mundo era el bloque industrializado occidental y el segundo era el bloque comunista”. Mattei Ugo, *Il modello di common law*, Giappichelli, Turín, 2004, p. 250.

⁷⁰ Ambrosini, C. M., *Racionalidad estratégica vs. Racionalidad dialógica*, Disponible en, http://www.cristina-ambrosini.com.ar/catedras/economia_empresarial/estrategica_dialogica.htm

posiciones, sin necesidad de excluirse mutuamente, en un acuerdo de ‘ganar – ganar’ que implica normas de tácita e instrumentalizada reciprocidad mutua que incluye, entre otros, intercambios de información, elementos de comunicación y la realización de acciones conjuntas como partes de programas afines de dominación imperial⁷¹.

Ambas corrientes geopolíticas de pensamiento, reconocen que la búsqueda del beneficio propio de manera independiente y conflictual puede reportar un resultado insatisfactorio para ambos. La aplicación de un tipo de racionalidad paramétrica les podría llevar, a ambos modelos de gestión social, a un resultado peor que el resultado posible basado en un esquema de cooperación estratégica⁷². He aquí el pseudo dilema⁷³. En términos de conflicto, sólo cabe pensar que entre las dos corrientes de pensamiento, el ordoliberalismo germano y el neoliberalismo estadounidense, se establece un tipo de conflicto reducido a obtener más prestigio y mayores cuotas de poder *entre iguales*, sin que ello afecte básicamente los elementos comunes que caracterizan la simpatía de esquemas y el equilibrio estratégico entre ambas corrientes que convergen en una unidad ideológica fundamental⁷⁴.

La cooperación neo–pragmática en el vértice del poder, deviene en un mecanismo de tecnología del poder que garantiza la propia seguridad y la continuidad de las relaciones de poder establecidas. El comportamiento neopragmatista de la cooperación, en el vértice del poder, sólo se ocupa de formular

⁷¹ “La sospecha fundamental es que tras los diferentes programas ‘académicos’ de domesticación, se ocultaría una historia sombría: no tanto la marxista ‘lucha de clases’ como la lucha entre criadores, entre las ideologías que propugnan diferentes procedimientos de crianza. Una lucha que habría empezado en Platón y llevado a una decisión definitiva en Nietzsche”. Duque, Félix, *En torno al humanismo. Heidegger, Gadamer, Sloterdijk*, Editorial Tecnos, Madrid, 2002. p. 129, citado por Adolfo Vázquez Rocca. Sloterdijk Peter, *Normas y disturbios en el parque Humano o la crisis del humanismo como utopía y escuela de domesticación*, Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política, nº 8, julio 2008, pp. 105 – 119.

⁷² “Esta no es la visión de un milenio lejano. Es una base concreta para una clase de mundo alcanzable en nuestro propio tiempo y en nuestra generación. Esa clase de mundo es justamente la antítesis del llamado “Orden Nuevo” de tiranía que los dictadores procuran crear con el estrépito de una bomba. [...] El orden mundial que buscamos es la cooperación entre países libres, trabajando juntos en una sociedad civilizada y amistosa.”, Discurso de las Cuatro Libertades (*Four Freedom Speech*). Discurso del Estado de la Unión, dirigido al Congreso por el Presidente de los Estados Unidos Franklin D. Roosevelt, el 6 de enero de 1941.

⁷³ Axelrod, R, *La evolución de la cooperación. El dilema del prisionero y la teoría de juegos*, Madrid, Alianza, 1984.

⁷⁴ “Sin embargo, lo llamativo de este asunto es que más allá de las divergencias teóricas que existen al comparar estas dos perspectivas las cuales, repetimos, resultan opuestas (casi antípodas aunque no contradictorias), ambas comparten los principios generales del liberalismo contemporáneo. Convergen - superando estratégicamente sus diferencias - en una unidad ideológica fundamental que guía sus prácticas y que permitiría calificarlas *stricto sensu* como “neo-liberales”., Puello-Socarrás, J. F., *Del homo oeconomicus al homo redemptoris: Emprendimiento y Nuevo Neoliberalismo* Otra Economía - Volumen IV - Nº 6 – 1er semestre/ 2010. p. 190.

soluciones instrumentales y prácticas ‘bien hechas’ que produzcan como resultado el ‘funcionamiento’ del sistema, sin interesarse tanto en sostener la objetividad *della verità* y la coherencia jurídica. En este punto del funcionalismo, es evidente que el mecanismo de la cooperación es antidogmático, antiformalista y es escéptico en cuanto a descubrir la ‘*natura*’ de la ‘verdad’, por ello, se disocian tanto de los formalismos económicos que consideran la existencia de una teoría fundamental económica, como de los afiliados a la concepción del realismo jurídico progresista, que consideran que la solución a los problemas de la ciencia del derecho podría encontrarse en otras disciplinas, como en la economía⁷⁵.

El postmodernismo, *post* bipolar y *post* ideológico, siempre viene marcado por el escepticismo en cuanto a encontrar soluciones definitivas de los problemas que afectan la realidad cotidiana, y al desarrollo de nuevos postulados científicos de las ciencias, en particular de las ciencias sociales. El postmodernismo neopragmatista, incluso en la ciencia del Derecho, ha abandonado la teoría abstracta para centrarse en una ‘nueva’ concepción de la teoría como instrumento, capaz de indagar sobre qué cosas pueden ‘funcionar’ como soluciones a ciertos problemas concretos⁷⁶.

Resaltamos tímidamente lo ya expuesto en párrafos anteriores en cuanto a que los modelos de sociedades impulsados desde las posiciones del neoliberalismo estadounidense y del ordoliberalismo germano, comparten ‘un mismo diagrama cooperativo de líneas de fuerzas’ y se aprecia una evolución y convergencia de los modelos hegemónicos globales entre un neoliberalismo estadounidense que funcionaliza, aún más, las condiciones mínimas de subsistencia humana⁷⁷ en un cosmopolita proceso de *real politik post consensus de Washington*, y un ordoliberalismo germano que se neoliberaliza en el sentido estadounidense del término – ‘*Examples of the former include Agenda 2010, un program designed to reform ‘sclerotic’ German welfare state, courtesy of the contry’s Social Democratic and*

⁷⁵ Minda, Gary, *Teorie postmoderne del diritto*, cit. p. 90.

⁷⁶ *Ibidem*. p. 149.

⁷⁷ “*El Neoliberalismo es frecuentemente identificado con el radicalismo del mercado y el anti – estatismo, pero un número significativo de sus propios cultores, no solamente expresan la superioridad del mecanismo del mercado competitivo como mejor mecanismo de distribución de recursos económicos, o en el beneficio de los derechos de propiedad como condición indispensable. También se pronuncian sobre la necesidad de un mínimo de condiciones sociales estándares que pueden hacer compatibles al neoliberalismo con esquemas de bienestar, que no son enemigas para el funcionamiento del mercado*”, Plehwe D., Walpen B. and Neunhoffer G., *Neoliberal Hegemony A Global Critique*, cit., p. 1.

Green Party leadership –⁷⁸.

La cuestión no es nueva y tiene antecedentes también en los Estados Unidos⁷⁹, desde la política del *new deal*⁸⁰ hasta el apelo *rooseveltiano* a la realización de las cuatro libertades⁸¹. De este modo la familia del neoliberalismo actual – y siempre en una lógica contingente, desde mediados de la década de los años 90 del pasado siglo – no puede ser reducido a un ‘vulgar radicalismo del libre mercado’⁸². En términos de renovación interna del pensamiento neoliberal como síntesis de sus corrientes de pensamiento, el neoliberalismo ha abandonado en su retórica publicista y en su práctica bioeconómica sus postulados iniciales de abierta hostilidad radical contra los sindicatos de operarios, haciendo del ‘derecho sindical’ un elemento de conciliación del diseño orgánico entre los intereses particulares y los intereses generales. Aceptando además, con relativa flexibilidad, la instrumentalización de la intervención del Estado y la política tributaria progresiva a favor de determinados esfuerzos distributivos ‘mínimos’ en beneficio de los sectores excluidos⁸³. No obstante, el pensamiento conservador mantiene siempre la reflexión sobre el rol apropiado y limitado del Estado, y en un

⁷⁸ *Idem*.

⁷⁹ “En efecto, ya durante el siglo XX el capitalismo y la consiguiente “anarquía” del mercado fueron culpados por la depresión económica. Más aún, el estancamiento causado por el capitalismo se evidenciaba al compararse con los logros del Plan de los Cinco Años de la Unión Soviética y del New Deal de Roosevelt en los Estados Unidos, que ya comenzaba a ser etiquetado como un modelo claramente intervencionista por muchos economistas liberales. Dentro del mundo universitario, incluso se pudo llegar al acuerdo desde perspectivas disímiles, como el marxismo y el fascismo, de que el liberalismo económico había sucumbido por no haber podido resolver los problemas de la época de la sociedad de masas.”, Lazcano Gutiérrez, Iván, *El ordoliberalismo alemán y la Economía Social de Mercado*. cit., p.8.

⁸⁰ “Tuvimos que luchar contra los viejos enemigos de la paz: los monopolios comerciales y financieros, la especulación, la banca irresponsable, el antagonismo de clase...Habían comenzado a considerar al gobierno de los Estados Unidos como un mero apéndice de sus propios asuntos. Ahora sabemos que el gobierno del dinero organizado es tan peligroso como el gobierno del populacho organizado.”, Franklin Delano Roosevelt, discurso de la campaña presidencial en el Madison Square Garden, cuando anunció el Segundo New Deal, 31 de octubre de 1936. Citado por George, Susan, *Sus crisis nuestras soluciones*, cit. p. 26.

⁸¹ En su discurso, Roosevelt propuso como metas cuatro libertades fundamentales que todas las personas "en cualquier lugar del mundo" deberían disfrutar, a saber: 1.- *Freedom of speech and expression* - Libertad de expresión 2.- *Freedom of worship* - Libertad de culto o de creencias. 3.- *Freedom from want* - Libertad de vivir sin penuria 4.- *Freedom from fear* - Libertad de vivir sin miedo, Discurso del Estado de la Unión, dirigido al Congreso por el Presidente de los Estados Unidos Franklin D. Roosevelt, el 6 de enero de 1941.

⁸² “Indeed, by the mid-1990s neoliberal order was increasingly fragmented around the questions of how best to assure long-term stability and reproduction of transnational capital.”, Carrol W. K., Carson C., *Neoliberalism, capitalist class formation and the global network of corporations and policy groups*, en Plehwe D., Walpen B. and Neunhoffer G., *Neoliberal Hegemony A Global Critique*, cit. p. 54.

⁸³ van der Pijl, Kees, *Transnational Classes International Relations*, London, Routledge, 1998.

ejercicio de ‘transformismo político’ intenta atenuar algunas de las más nítidas contradicciones y desigualdades sociales del capitalismo global, incorporando el complemento *subsidiario* de la pacificación social a una política liberista que no se abandona⁸⁴. La pacificación social en el pensamiento ordoliberal responde al liderazgo de una matriz productivista y desarrollista del sistema económico. La ‘paz social’ no es valorada como un ‘gasto público’ sino como una ‘inversión económica privada’ que de seguro será amortizada, antes que después, por el funcionamiento estable y la reproducción de las condiciones de existencia del mercado. La cuestión sobre la cual gira la tradición jurídica liberista, la ideología neoliberal – ordoliberal, y las formas postmodernas de ‘producción’ del derecho, no se centran en la cuestión de legitimar un tipo de sociedad u otra, sino básicamente se trata de la búsqueda de la legitimación y la reproducción del *status quo*⁸⁵.

Lo anterior no implica una abdicación de la racionalidad económica liberista frente a una razón de ‘orden superior’, que pudiera resultar en este contexto cualquier cuestión que se aproxime a un compromiso de tipo de redistribución más justa y más equitativa de los beneficios sociales privados. Lo anterior implica una intensa manifestación transversal de ejercicio biopolítico y bioeconómico de la gestión del poder, orientada a su conservación y a su reproducción, en el marco de un incremento de las complejidades del entorno que condicionan las variables que garantizan la estabilidad social.

De tal modo, la máxima liberal del *rule of law* – y con ello el imperio del Estado de derecho sobre la acción política y económica – viene reemplazada por la máxima liberista del *rule of market*; a lo cual se une el documentar la tradición del *western legal* para ocultar y justificar la preeminencia estadounidense sobre la cultura jurídica continental europea como una cuestión compartida de *raíz occidental*, y no como un retroceso cultural y político de la presencia de Europa continental en el actual contexto internacional⁸⁶. El dato cultural, como concepto multiforme e indeterminado, viene directamente vinculado a la expresión de la cuestión ideológica, y de ahí que la cultura jurídica sea un modo de expresión de las razones y los valores que encarna un ‘determinado’ derecho insertado en una

⁸⁴ Plehwe D., Walpen B. and Neunhoffer G., *Between network and complex organization. The making of neoliberal knowledge and hegemony*, en, *Neoliberal Hegemony A Global Critique*, cit. p. 45.

⁸⁵ Schaeffler, Klaus, Economía social de mercado. Concepto, orígenes y principios básicos, en Sara Ortiz y Manuel Flores (coords.) *Economía de mercado con responsabilidad social: caso México*, México, Konrad Adenauer Stiftung-ITESO, 2004, p. 15.

⁸⁶ Somma, Alessandro, *Temi e problema di diritto comparato. Diritto comunitario vs. Diritto comune europeo*, cit., p. 141.

‘determinada’ cultura⁸⁷.

5 LA PRIVATIZACIÓN DE LA JUSTICIA Y LA *TERCERA VÍA*.

En sede de análisis del Derecho, en cuanto a la gestión del funcionamiento y a la predictibilidad de los resultados de las respectivas sociedades nacionales – y de la sociedad global –, se había expuesto la relación existente entre el trinomio conformado por ‘la gobernanza, el *soft law* y el ordoliberalismo’ como expresiones contemporáneas que conforman la realidad social y que han abandonado – y en el menor caso, erosionado – los presupuestos jurídicos tradicionales e institucionales que eran la base de la democracia representativa moderna, así como han ahondado en el abandono a la tradicional distinción entre el derecho público y el derecho privado. En este último caso, privatizando la mayor parte de la producción del derecho.

Además, se había expuesto sobre los fenómenos de la ‘deformalización y desnacionalización’ del Derecho en cuanto a manifestaciones de la creciente gestión de los asuntos públicos a través de redes flexibles e informales no territoriales, como expresión de las nuevas exigencias y el protagonismo emergente de nuevos sujetos sociales privados, que están más atentos a la garantía de la ‘efectividad’ de la norma jurídica – efectividad entendida en cuanto a la deformalización del Derecho y ‘eficacia’ en cuanto a la búsqueda de efectos prácticos – que a la clásica cualidad democrática de la ley que nace investida por el órgano legislativo de representación política.

5.1 LA PRIVATIZACIÓN DE LA JUSTICIA.

Cada vez, en mayor medida, la conformación y el resultado del derecho como ciencia, y el proceso jurídico como cuestión particular, se manifiesta menos institucionalizado y más dependiente de la ‘calidad y de la identidad’ de los sujetos jurídicos que entran en la escena legal, tanto a nivel global como a nivel nacional. *“In fondo, quello che avviene nel diritto globale è proprio la negazione della logica autopoietica: atti e fatti non giuridici si impongono come giuridici e, piuttosto che essere ammessi alla giuridicità da soggetti ufficiali, sono essi a costituire dei soggetti non ufficiali come soggetti giuridici. Specie l’ingresso nello scenario giuridico delle grandi imprese transnazionali, così*

⁸⁷ Sefton-Green, Ruth, *Diversità culturale e codice civile europeo*, en Somma Alessandro, *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*, G. Giappichelli Editore, Torino. 2007. p. 206.

come dell Ngos, mette a nudo la più vistosa distanza rispetto al modello giuridico statale: fare diritto non è più una prerogativa privilegiata di quel soggetto pubblico, ma una possibilità diffusa anche tra altri soggetti privati.(...) L'idea del diritto come monopolio statale fu in particolare un prodotto del laboratorio giuspositivistico. (...) Oggi, con la globalizzazione, siamo di fronte a svarianti fenomeni di co-titolarietà del diritto, che implicano forme più o meno esplicite di vera e propria concorrenza⁸⁸.”

La efectividad no forma parte de la definición de la norma jurídica. La exigencia de efectividad es excesiva⁸⁹. “(...) *la giurisdizione viene esercitata in misura crescente non attraverso leggi più o meno organiche, ma attraverso la decretazione, attraverso direttive e ordinanze senza che ne venga assicurata la compatibilità con la leggi vigenti: il che vuol dire è venuto meno il requisito stesso della legittimità delle norme non legislative*”⁹⁰.

Las consecuencias de esta situación se encuentran a la vista de todos: En primer lugar, se ha afirmado una ‘racionalidad material’ en detrimento de una ‘racionalidad formal’ del derecho moderno, y con ello la presencia invasiva de consideraciones extrajurídicas en la actividad legislativa, en la aplicación de la norma, y en la elección entre leyes y normas de diversas fuentes en conflicto entre ellas. En segundo lugar, y como consecuencia del punto anterior, la pérdida de la coherencia interna como condición necesaria para el ejercicio de una eficaz jurisdicción. En tercer lugar, y no menos importante, se produce constantemente un debilitamiento democrático de la garantía que proviene del ejercicio del principio de legalidad, a favor de la realización del principio de efectividad según criterios de ‘oportunidad’⁹¹.

En esencia, se ha producido un cambio total en la manera de concebir el mundo – incluido el aspecto formal del Derecho – lo cual coincide con la profunda transformación acaecida en la cultura liberal devenida en ‘agenda del liberismo económico’ de nuestros tiempos. El mundo que se presenta hoy lo hace de una manera menos legalista, menos formal, más utilitarista y más pragmático – *‘la gobernanza no reconoce valor alguno por sí misma a la pura forma de la ley. (...) La insistencia en el aspecto*

⁸⁸ Ferrarese, Maria Rosaria, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, cit., pp. 133 - 134.

⁸⁹ “(...) *l'applicazione effettiva, l'effettività non fa parte della definizione della norma giuridica.*”, Carbonnier, Jean, *Flessibile Diritto. Giuristi stranieri di oggi*, cit. pp. 117-127.

⁹⁰ Rossi, Pietro, *Fine del diritto*, elaborado por Pietro Rossi. cit. Premessa, p.2.

⁹¹ *Ibidem*.

*formal será siempre obstaculizadora, expresión del predominio del mito sobre la razón*⁹².

Las instituciones – o el proceso de reinstitucionalización – que se promueve a instancias de las élites que gestionan la gobernanza global, también son instituciones deformalizadas, fragmentadas e imperiales, siempre funcionalizadas por la racionalidad económica de la expansión del libre mercado y cuyo particular punto de partida fue el acérrimo ataque del Banco Mundial contra la tradición del *civil law* de raíces romanas – quizás más dado a un derecho de propiedad agraria que a un derecho orientado al juego de las transacciones y los usos mercantiles⁹³ –, representada por el derecho francés, a partir del reporte *Doing Business 2004 – Understanding Regulation*⁹⁴.

El legislador por su parte cede al experto especializado en la rama del Derecho, sea burócrata o técnico, el rol prominente en el circuito de la producción normativa. Por su parte, el juez de la Corte de Justicia comparte cada vez más la aplicación de la norma jurídica con mediadores, conciliadores y árbitros que devienen en expresión de la internacionalización, de la privatización y de la elaboración de consensos entre voluntades particulares, siempre por fuera del mecanismo judicial tradicional⁹⁵.

Estos mecanismos de soluciones de controversias alejados del aspecto territorial del Derecho y de la jurisdicción espacial nacional, están sólo cercanos a los modelos jurisdiccionales en cuanto al poder vinculante de los acuerdos privados, y conforman nuevas modalidades de declinaciones del módulo judicial que encuentran un espacio importante al interno de los estados nacionales en el mundo global, y que puede ser concebido como un tipo de *governance giudiziaria*⁹⁶ en el cual se establece un tipo de competencia jurisdiccional horizontal que debe observar la autoridad del precedente judicial,

⁹² Koskeniemi, M., *La gobernación global y el Derecho Internacional Público*, Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época. Vol. 7, Tomo 1. 2006. pp. 437-458.

⁹³ Ripert, Georges, *Tratado elemental de derecho comercial*, I, Librairie Générale de Droit de Jurisprudence - Tipográfica Editora Argentina, 1954. pp. 15 y 16.

⁹⁴ Amodio, Claudia, *Nell'occhio del ciclone. La Francia alla prova dei processi di denazionalizzazione del Diritto*. Política del Diritto, volume XL, No. 4, Dicembre 2009. pp. 605 – 638.

⁹⁵ “ (...) è sempre più rilevante il ruolo svolta da professionisti ed esperti nel mondo giuridico, rispetto al ruolo svolto da giudici e accademie. Persino, il ruolo dei legislatori appare sempre più insidiato dal giurista esperto. Il giurista professionista, che non compare sulla scena pubblica e che mete il proprio sapere al servizio di un'impresa non è un fenomeno nuovo (...) .”, Ferrarese, Maria Rosaria, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, cit. p. 50.

⁹⁶ Ferrarese, Maria Rosaria, *La governance tra política e diritto*, cit., p. 121.

incluso y eventualmente, de las cortes foráneas, con lo cual se acerca más a las cualidades esenciales de la estructura del sistema del *common law*, incluyendo el primado especial del juez en cuanto a su rol al interno de las fuentes del Derecho, y el ascenso del ‘*formante giurisprudencial*’ en contraste con el ‘*formante legislativo*’ propio de la Europa continental⁹⁷.

Vale la pena mencionar, en sede de ‘contaminación’ y de circulación de modelos, la versión francesa del *prospective overruling*, indiferentemente denominado ‘*revirement pour l’avenir*’ o ‘*modulation dans le temps des revirements*’ que pone en discusión los tradicionales esquemas formales de estampa positivista francesa y señalan una hibridación de soluciones entre el derecho y la economía, más propias del ordenamiento estadounidense⁹⁸.

El incremento de la dialéctica entre varios formantes se corresponde con la incesante capacidad de búsqueda de un ‘*derecho a la carta*’ impuesto por las exigencias de la globalización⁹⁹, todo lo cual es funcional y óptimo para la conformación de una narración sobre la tradición jurídica occidental centrada en la comunión íntima de valores de las dos familias jurídicas occidentales, y el desarrollo de tesis evolucionistas sobre la ineficiencia de la producción normativa estatal que alimenta el credo liberista, mucho más cercano al *common law* y a la ‘americanización’ y ‘britanización’ del Derecho por la posición menos visible que ha mantenido el Estado en el modelo del *common law*. El profesor MONATERI, en cuanto a la naturaleza dual de Occidente, y en sede de comparación entre sistemas jurídicos bajo el metro económico de la Banca Mundial, se refiere en los siguientes términos: “*Come si vede i punti centrali sono la statalizzazione delle fonti del diritto e la funzionarizzazione del giudice.*

⁹⁷ Sacco, Rodolfo, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, Einaudi, 1979.

⁹⁸ Amodio, Claudia, *Nell’occhio del ciclone. La Francia alla prova dei processi di denazionalizzazione del Diritto*. cit. p. 608.

⁹⁹ “*Da un lato possono organizzarci nelle cosiddette corporate law firms, costituite secondo i moduli organizzativi americani, che assistono le imprese nei loro svariati bisogni di natura legale e specie nell’elaborazione di misure giuridiche che siano suscettibili di facilitare ed espandere il mercato: la cosiddetta lex mercatoria non è più, in tal senso, un corpo di misure giuridiche elaborate dalla tradizione del mondo commerciale e che esprime usi e consuetudini, diventa anzi piuttosto il suo contrario, ossia un universo normativo estremamente mobile, soggetto a continue manipolazioni e ritocchi che sono paralleli all’estrema mobilità del mercato. Dall’altro i giuristi possono agire in quanto singoli nelle funzioni di arbitri, per risolvere grandi dispute d’affari. Ecco le due grandi funzioni del sistema giuridico, la funzione legislativa e la funzione giudiziaria, servite à le carte. (...) Questo diritto à le carte, prodotto dalla globalizzazione, induce a rivedere il ruolo del diritto sotto il profilo della ‘razionalizzazione’.*”, Ferrarese, Maria Rosaria *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale* cit., pp. 50 - 51.

Ogni sistema del diritto che possenga tali caratteristiche è necessariamente meno efficiente del sistema del common law (...) ¹⁰⁰.”

Cada vez con mayor énfasis el ordenamiento jurídico del civil *law* continental europeo, y por ende los ordenamientos latinoamericanos, se parecen en mayor medida al sistema del *common law* bajo el peso del criterio de la eficiencia económica propia del análisis económico del Derecho, de matriz estadounidense, que sanciona la superioridad del *common law* – tal como lo acreditan los polémicos estudios realizados por el Banco Mundial durante los últimos 7 años ¹⁰¹– por estar embebido del beneficio económico privado, más intensamente según la lógica económica capitalista, en desmedro del mecanismo de distribución social propio de los modelos de estados sociales de bienestar ¹⁰², en fase de extinción continuada en la ‘vieja’ Europa.

La contaminación, como resultado directo de la ‘*circolazione dei modelli*’ propio de la ‘cultura de la globalización’, tiende a crear convergencias, asimilaciones y tendencias miméticas recíprocas que acercan el ‘comportamiento’ de ambas familias jurídicas occidentales en la arena global¹⁰³, y generan una nueva relación *de fuerzas* en el diálogo entre el formante legislativo y el formante jurisprudencial, que se refuerza y se expande globalmente.

El incremento de la complejidad del derecho, como se ha expuesto anteriormente, en cuanto a la pérdida del elemento de estabilidad y de rigidez, propios de una tradición positivista ‘continental’, que conectaba la idea de la soberanía estatal con las ideas de la verticalidad en la producción y en la aplicación del Derecho, es directamente proporcional a la cuestión de la producción de normas jurídicas realizadas por nuevos sujetos jurídicos que se encuentran en diferentes planos, que interaccionan y se otorgan particulares respuestas según su ámbito de jurisdicción y alcance, más propios del juego de los intereses privados del *common law*.

Las ‘fuentes del derecho’ contemporáneo se asemejan a aquella realidad de la premodernidad, de

¹⁰⁰ Monateri, Per Giuseppe, *Globalizzazione e diritto europeo dei contratti*, cit., p. 181.

¹⁰¹ Los reportes son todos consultables sobre el sitio www.doingbusiness.org: *Doing Business in 2004: Understanding Regulation*, *Doing Business in 2005: Removing Obstacles to Growth*, *Doing Business in 2006: Creating Jobs*, *Doing Business in 2007: How to Reform*, *Doing Business in 2008*, *Doing Business in 2009: Regulatory Reform Hits Record Levels*, *Doing Business in 2010: Reforming Through Difficult Times*.

¹⁰² Micklitz, H.W., *La mano visibile del Diritto Privato Europeo in materia normativa. La trasformazione del Diritto Privato europeo dall'autonomia al funzionalismo nella concorrenza e nella regolamentazione.*, cit. p. 19.

¹⁰³ Sacco, R., *Circolazione e mutazione dei modelli giuridici*, in *Digesto Civile*, Vol. 2, Torino, UTET. 1998. p. 365.

modo que los sujetos productores pueden ser públicos o privados, estatales, sobreestatales o infraestatales, pueden tener carácter formal o ser informales, y entre todos ellos puede que no exista necesariamente una exigencia de armonía y de jerarquía. Quizás, todo lo contrario, ‘*una competizione strisciante tra queste diverse modalità di produzione giuridica*’¹⁰⁴ que genera una tensión entre los condicionamientos locales y los imperativos universales por generar nuevas formas de diversificación de mercados y sus consecuentes formas jurídicas que les protejan, desde el argumento de las ‘leyes objetivas’ de la economía.

Se genera de este modo, tras una aparente ‘universalidad’ de la norma, nuevas formas de juridicidad, desestructuradas y multiformes, propias de una labor de contingencia que observa – por no olvidar una cuestión importante del discurso sostenido hasta aquí – una más acentuada colaboración entre los sectores y actores sociales, en todos los niveles, en disposición de aportar sustancia legitimante al mantenimiento del *status quo*. Los ‘sujetos’ privados y no estatales que participan en el proceso jurídico global componen una amplia gama y variadas formas de tipologías de sujetos. Las *law firms* constituyen el ‘brazo jurídico’ de las corporaciones empresariales; y es a través de su trabajo jurídico ‘delegado’ que se permite a las grandes corporaciones convertirse en activos actores jurídicos globales. Esta ‘división del trabajo’ entre actores jurídicos y actores económicos, de algún modo, pareciera hacer ‘inobservable’ el proceso de privatización mercantil y de creciente ‘tecnificación’ que se ‘delega’ al trabajo de los expertos jurídicos.

El ‘producto jurídico’ y los espacios de legalidad son objetos de compra/venta en el espacio del mercado global, a partir de un proceso de restauración de las formas jurídicas en el campo comercial, de la valoración económica de la privatización del circuito jurídico y de los fallos de las sentencias valoradas como formas de financiación del circuito económico¹⁰⁵.

El Análisis económico del derecho y la actividad de los *iuseconomistas* alineados a ella – todos considerados escépticos pragmáticos que observan a la economía y al derecho como ciencias aplicadas –, se concentran en el punto de la centralidad de los ‘costes contractuales’ en las transacciones del mercado, de modo que el sistema jurídico debe concentrar, toda su atención, sobre la minimización de

¹⁰⁴ Ferrarese, Maria Rosaria, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, cit. pp. 62 - 63.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 120.

los costes contractuales y por ende en la minimización – cuando no en la eliminación – de las intervenciones del sistema jurídico sobre los mercados privados.

El Análisis económico del derecho – una vez superada la posición de centralidad de su primera generación teórica sobre la autonomía de la economía, que podía nutrirse de otras disciplinas no autónomas como el derecho – siempre ha promovido una fórmula instrumental de la teoría normativa del derecho, orientada a la maximización de la riqueza social –y no precisamente a su mejor distribución eludiendo el mecanismo del mercado–. De este modo, y según esta concepción *post Chicago*¹⁰⁶, el Análisis económico del derecho siempre debe tomar en consideración la estrecha relación de reciprocidad entre el derecho y la sociedad – el elemento social del mercado –, que valoriza el contexto y el elemento cultural, de modo que eventualmente se justifique la intervención estatal a través de la operatividad eficaz del ordenamiento normativo para favorecer la eficiencia de los mercados privados, siempre y cuando los costes contractuales sean positivos, según el teorema de Coase.

Esta línea de intervención neoliberal es compatible con la justificación ordoliberal de la intervención del Estado sobre el marco regulador de los procesos propios del circuito económico, y siempre a través del respeto al consabido concepto del ‘Estado de derecho’, y a través de un Derecho global cada vez más mimético, contingente y mutable a modo de *metáfora* del derecho de marca estadounidense. En esencia, se asiste a una constante privatización del Estado de derecho.

El primado de la legislación convencional ‘moderna’ ha estado continuamente erosionado por las prácticas del *soft law* postmoderno, una vez que el ‘*ordine mondiale*’ luego de los años 90 del siglo pasado haya requerido de una reestructuración integral y faltase el consenso jurídico internacional sobre cuál debiera ser la institucionalidad para efectuarlo adecuadamente. A partir de ese momento, cada vez más, se han desdibujado las fronteras – que siempre han estado difusas, pero ahora se han privatizado también – entre el Derecho público y el Derecho privado, y por demás, se renuncia cada vez más al rigor, al carácter abstracto y general de la Ley. La factualidad domina en cada una de las etapas del *iter* legislativo y la dicotomía de la doctrina jurídica entre lo público y lo privado, consideradas ‘modernamente’ como recíprocamente excluyentes, se resuelve ‘postmodernistamente’ en el orden ordoliberal claramente a favor del sector privado, no como el resultado de la resolución de un conflicto

¹⁰⁶ Minda, Gary, *Teorie postmoderne del diritto*. cit. p. 145.

dialéctico entre polos opuestos y antagónicos, sino como el resultado de una dinámica de integración cooperativa que favorece retóricamente al ‘bien común’ y con ello a los reales intereses privados. Algunos autores describen esta etapa como ‘*prassi paralegislative della governance*’, o etapa ‘*postlegislative*’. Otros se refieren al carácter ‘*neofeudali*’,¹⁰⁷ o en términos de SUPIOT, una ‘refeudalización’ de la sociedad y del derecho de este momento histórico concreto.

Estas prácticas reafirman continuamente el carácter deliberativo de las nuevas prácticas democráticas y el carácter procedimental que define la legitimidad de la norma, que traspassa la centralidad del escenario jurídico de la Ley al ‘contrato’ devenido este último en instrumento político de los gobiernos, e instrumento privilegiado para conformar el vínculo recíproco y asimétrico entre personas formalmente libres, privilegiado desde la óptica individualista por los agentes privados y desde la visión consumista por las élites de la globalización¹⁰⁸. La cuestión de la gobernanza global, como dispositivo de *politicizzazione* del Derecho¹⁰⁹, y sus nuevos mecanismos jurídicos alternativos y aplicativos de naturaleza privada, radica en encontrar la legitimidad democrática necesaria que justifique la constante debilidad pública del proceso deliberativo del órgano legislativo, sede de la representación de la voluntad popular normativa, de manera que no se afecte el curso actual de *economicizzazione* del resto de las esferas sociales. La gobernanza, como técnica política de gestión del poder y concepto normativo, debe ser capaz de justificar y de legitimar, a través del circuito económico, los nuevos procesos legislativos y normativos que se están desarrollando fuera de los procedimientos jurídicos convencionales a través de procesos *semi* constitucionales, *semi* administrativos o completamente auto organizados por el circuito de los intereses privados.

La gobernanza, como técnica política de gestión del poder privado, ha estado ideada por las élites para dar respuesta a las nuevas e ingentes necesidades impuestas por la creciente globalización económica, de modo que pudieran estar en condiciones de ser capaces de *quasi* disciplinar las cuestiones

¹⁰⁷ Ferrarese, Maria Rosaria, *La governance tra política e diritto*, cit., p. 51.

¹⁰⁸ *In effetti attualmente il diritto privato dei contratti sta diventando più significativo, grazie al ruolo cruciale che svolge nel pensiero neoliberale. Se i governi cercano di ridurre il ruolo dello Stato, di incoraggiare le soluzioni del mercato ai problemi, di assicurare il benessere sociale, e di usare la disciplina della concorrenza di mercato per migliorare l'efficienza dell'offerta di beni pubblici, i contratti diventano sia uno strumento di commercio che uno strumento politico.*”, *Manifesto sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, cit., pp. 4 – 5.

¹⁰⁹ Micklitz, H.W., *La mano visibile del Diritto Privato Europeo en materia normativa. La trasformazione del Diritto Privato europeo dall'autonomia al funzionalismo nella concorrenza e nella regolamentazione.*, cit. p. 10.

económicas y la recomposición de los intereses privados que tienen lugar a nivel global y sobre los cuales no tenían competencia alguna hasta ese momento, por la ausencia de una voluntad política institucionalizada que crease un órgano público competente.

El proceso de desnacionalización del Derecho y de deformalización de su producción normativa, pone el acento en la actividad judicial y en los pronunciamientos de las cortes judiciales y constitucionales, que como parte del proceso de internacionalización de la realidad cotidiana, devienen en cuasi cortes internacionales de justicia y de re-interpretación de los valores y principios constitucionales. Cuasi cortes internacionales de justicia en las cuales, en muchas ocasiones, el litigio se establece entre sujetos privados que reclaman determinado comportamiento, activo o pasivo, a los formalmente Estados soberanos nacionales. Las cortes de justicia, tanto nacionales como internacionales, y las cortes constitucionales se convierten en un mecanismo más intenso que antaño, de circulación de modelos jurídicos en el cual se encuentran implicados sujetos y culturas jurídicas que articulan una manera particular *'di gestire'* el diálogo y la comunicación jurídica transnacional, globalizada y multicultural, como modalidad de *'lobbying'* por los derechos en sede de los litigios judiciales. Todo lo cual es propio de la modalidad del *soft law* y de la práctica de la *'governance'*, estrechamente vinculado al contrato jurídico como instrumento económico más adecuado para formalizar el lenguaje de los intereses y al *'formante contractual'* como expresión doctrinal de la cuestión de la privatización de la vida social.

Los ideólogos y los teóricos del Derecho postmoderno han instrumentalizado, desde la precariedad teórica, la cuestión de la cultura y de la política social para defender el *status quo*. La pérdida de la centralidad de la Ley se corresponde con una *'relativización'* del punto de vista *'relativo'* y no absoluto de la vida social y de las interacciones humanas. Este es el punto de partida del progreso cuando se arriba a la cuestión de *'las diferencias de grados'*. Los juristas postmodernos, por demás escépticos, han abandonado la posibilidad de encontrar *'la respuesta justa'* o la *'correcta interpretación'* aplicando un particular método jurídico basado en la deducción, la analogía, la interpretación, las políticas sociales, el análisis institucional, la historia, la sociología, la economía y el método científico, todos propios de la *'modernidad'* ¹¹⁰. La capacidad del razonamiento humano se ha visto superado

¹¹⁰ Minda, Gary, *Teorie postmoderne del diritto*. cit. p. 20.

contextualmente y eventualmente en cuanto a ser capaz, desde la ciencia social, de comprender las ‘verdades esenciales’ de las condiciones físicas y sociales que determinan el progreso humano. La capacidad del razonamiento humano también ha quedado instrumentalizada, a favor de la acción racional de privatización del progreso social.

De este modo, se concluye en este punto que el Derecho postmoderno, con marcado acento cooperativo, es también el resultado y la consecuencia del escepticismo provocado por la incapacidad de promover, de asumir y de proyectar los cambios sociales desde el quehacer cotidiano de las ciencias sociales, y en particular, desde la ciencia jurídica que ha comprobado la emergencia de una nueva complejidad en la producción jurídica que viene de la mano del incremento del número de sujetos privados productores de derecho, su consecuente invisibilidad y la creciente presión de los intereses privados sobre las nuevas normas jurídicas y su aplicación, que provocan una cierta opacidad de las reglas como consecuencia de las interacciones entre los circuitos formales e informales de la sociedad, y una variabilidad y flexibilidad en la interpretación y en la aplicación que cuestionan el propio principio de legalidad.

Visto así, la caracterización del postmodernismo se presenta como una corriente de pensamiento que reenvía y remite a un momento anterior del ‘modernismo’ que consideraba que el derecho era un sistema conceptual completo, formal y ordenado, objetivo y coherente. Pre–momento al cual se llega justificado por una pérdida de confianza y de fragmentación entre la teoría y la práctica sociales. Llegado a este punto, el postmodernismo solo representa una etapa cronológicamente posterior al pensamiento ‘moderno’, difícilmente valorable en términos cualitativos, sin que ello conlleve a considerar una regresión intelectual en términos relativos, no obstante, considerar que la postmodernidad material del Derecho representa una vuelta al mundo de la pre–modernidad intelectual de las ciencias sociales. En este sentido, se estaría en presencia de una *neo*–modernidad.

5.2 LA *TERCERA VÍA*.

La ‘tercera vía’ en el circuito de la justiciabilidad y del Derecho es una respuesta ecléctica y difusa, siempre transitoria, carente de los fundamentos sólidos para propiciar una solución estable.

Es un modo de gestionar el Derecho para regular las relaciones sociales desde una perspectiva sistémica, integral y estratégica en la cual confluyen todos los detalles y todos los aspectos de la realidad social para ser conducidos, sintetizados y reducidos a una lógica binaria orientada a los

resultados, según el criterio de costes/ beneficios económicos privados *versus* la sostenibilidad pública del entorno social ¹¹¹ – diferente a una lógica de observancia/inobservancia de la norma jurídica *kelseniana* –. En este modo de gestionar estratégicamente el Derecho se difumina, continuamente, la responsabilidad política ofuscada por la creciente participación de actores privados anónimos que se representan como partes, en relación de igualdad formal contractual, con los sujetos públicos; todo lo cual está estrechamente vinculado con la desterritorialización de los órganos de poder en ‘*networks* virtuales’ y en la continua separación entre los centros productores de bienes y de servicios, y los centros de toma de decisión, cuyas responsabilidades no están sujetas a ninguna jurisdicción estatal en particular. O, como es más común en la realidad global, responden a una competencia entre ordenamientos jurídicos diversos y en confrontación.

Retomando el pensamiento *gramsciano*, PLEHWE y WALPEN han periodizado la evolución y la transformación liberal de los últimos 50 años y se refieren a una primera etapa como etapa ‘defensiva’, marcada por acciones estratégicas que culminó a principios de los años 70 del siglo pasado. Una segunda etapa denominada ‘ofensiva’ que culminó a principios de la década de los 90 del siglo XX para dar paso a la tercera y actual, concebida como etapa de ‘*positional warfare*’. En esta etapa de ‘guerra de posiciones’, ‘el orden jurídico de la familia neoliberal’ aborda desde posiciones revisionistas social demócratas ¹¹², con marcado acento disciplinante neoconservador, la ‘estrategia jurídica cooperativa’ de la reorganización y de la coordinación capitalista global, para gestionar adecuadamente el ‘entorno normativo social’ e intentar dar respuesta a la cuestión de: ¿Cómo garantizar institucionalmente, durante un largo período de tiempo, la estabilidad de las ‘reglas’ y la reproducción de las condiciones de existencia del capitalismo global?

¹¹¹ “Quando i soggetti usano la razionalità parametrica essi si interrogano sulle conseguenze dell’azione che dipendono da nessi causali definiti dall’esterno, su cui essi non hanno possibilità di intervenire. Ad esempio, il soggetto della norma *kelseniano*, si interroga sulle conseguenze della non osservanza della norma, ma non la mette in discussione: adotta, per dirlo con Luhmann, una logica binaria osservanza / inosservanza. I soggetti che adottano una razionalità strategica, invece, quando assumono delle decisioni di condotta, partono da un contesto di interdipendenza con altri attori razionali e scelgono in piano di azione che tiene conto delle risposte degli altri alle proprie scelte. Anche la cooperazione e il conflitto vengono scelti volta per volta, sulla base di valutazioni di razionalità contestuale. In tal modo, gli attori mirano a massimizzare le utilità attese e contribuiscono a modificare l’ambiente normativo, vanificando l’idea di un ordine normativo inteso a priori.”, Ferrarese, Maria Rosaria, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, cit. p. 30.

¹¹² “(...) en los últimos años he escrito varios textos contra el tema de la tercera vía, que yo defino como una política de centro-derecha hecha por hombres de centro-izquierda.”, Touraine, Alain, Khosrokhavar, Farhad, *A la búsqueda de sí mismo. Diálogo sobre el sujeto*, cit. p. 157.

La respuesta a la cuestión proviene de lo que ha venido a denominarse la ‘tercera vía’ – *new third way* – como reconciliación y síntesis de principios opuestos. Por un lado la competencia como principio esencial para el funcionamiento del mercado privado neoliberal, y por otro, el criterio de una sociedad ordenada y subsidiariamente responsable, capaz de hacerle frente a las desigualdades sociales, gestionando ‘elásticamente’ la autonomía de la libertad individual. Algunos autores marcadamente ‘conservadores’ identifican la expresión de tercera vía con la fórmula de la economía social de mercado¹¹³.

‘Tercera vía’ que se ha consolidado en la Europa comunitarista luego del Tratado de Lisboa, que asume el método de coordinación abierto (*method of open co-ordination*) y el criterio de armonización mínima para coordinarse con el desarrollo del libre mercado interno, de modo que se pueda reformar el Estado de Bienestar – y eventualmente eliminarlo: ¿Quién puede dudar que con la masiva privatización de los servicios sociales puede perdurar el *welfare state*?-. Para lo cual la ‘familia neoliberal’, en aras de la legitimidad y del consenso, del conservadurismo y *del status quo*, se fusiona programáticamente con elementos de la tradición emancipatoria de la sociedad civil, de los neocorporativistas y los neocomunitaristas, para abandonar tácticamente la severidad de sus postulados y hacerse más atractiva a grupos reformistas e intelectuales de izquierda moderados, a personas jóvenes altamente calificadas y a todo aquel que se encuentre en estado de desilusión y deba ser reformado a través del realismo político.

La tercera vía es un ejercicio de adaptación dinámica y de transformismo político de la *new right*, que puede comprenderse desde el pensamiento teórico *gramsciano* a través del concepto de ‘revolución pasiva’, y que ha venido a denominarse como *communitariam neoliberalism*, el cual requiere de la proliferación de *think thank* – de intelectuales colectivos orgánicos – que desde el rol de ideólogos consoliden y renueven la superestructura ideológica y cultural de matriz liberista, a partir de la

¹¹³ “En el foro del Estado constitucional la controversia “capitalismo o socialismo” ha perdido su objeto pues lo ideal y lo real se han integrado en un largo desarrollo textual, mediante la economía social de mercado, creando el derecho constitucional social y del trabajo en el contexto del derecho constitucional económico. La economía social de mercado constituye a menudo la aludida tercera vía y un logro de alto rango. Sería un error señalar al sistema capitalista como el sistema vencedor tras la caída del socialismo, especialmente en el Este de Europa (1989). La victoria ha sido para el tipo Estado constitucional, porque ha conseguido, y ésta no es ni mucho menos la última razón, aportar soluciones justas a las cuestiones sociales.”, Häberle, Peter, *Siete tesis para una teoría constitucional del Mercado*, cit., p. 9.

producción científica y la divulgación estructurada y jerarquizada del pensamiento neoliberal ¹¹⁴.

Aplicando la teoría de Sistemas sociales, de Niklas LUHMAN¹¹⁵, podría decirse que el sistema productivo capitalista – autorreferente y autopoietico ¹¹⁶– pretende constantemente reconstituirse y sobrevivir estableciendo una relación directa y concordante entre su propia complejidad como sistema y la variabilidad de su entorno, en este caso, garantizando la estabilidad del contexto social en el que se desenvuelve¹¹⁷. Lo anterior presupone la necesaria cooperación y coordinación entre los subsistemas del Derecho, la Política, la Economía, y la Sociedad Civil, entre otros, para que el sistema de la sociedad capitalista pueda adecuarse dinámicamente al entorno, o bien realizando la operación inversa y más propia de una concepción postmoderna: Monitoreando y gestionando el entorno según las necesidades orgánicas del sistema capitalista.

El capitalismo – como todo sistema asentado sobre la dominación – solo mutará por necesidad y como consecuencia de un peligro que entrañe riesgos reales a la sostenibilidad de las propias condiciones constitutivas que garantizan su reproducción. Ahora bien, de suceder el caso, el sentido y alcance de la mutación capitalista no está garantizado y las experiencias fascistas son muestras de las tendencias resolutivas conservadoras extremas ante las crisis sistémicas. En tal caso, por supuesto, que el concepto biológico del ser humano y de la persona jurídica como institución del Derecho, ceden a la consideración de ‘recurso humano’ y de ‘capital humano’, propios de la economía, que se integran mejor al entorno social de eficiencia y de reproducción del sistema de dominación, bajo la égida de la razón económica y del productivismo.

Todo en línea con el pensamiento de LUHMAN, que asignaba al derecho una función de generalización congruente de las expectativas: *"El derecho adquiriría la forma de modelos de comportamiento*

¹¹⁴ “The latter characterized the search for a third way between traditional liberalism and the rising socialist thought, which on the one hand aimed at emphasizing individual self-determination, while on the other hand intended to steer economic behavior according to the needs of the proprietary order. La third way could take several different forms: that of solidarism and functionalism or, according to the circumstances, that of professorial and legal socialism. However, all of these forms were variously combined with evolutionary thinking and a positivistic attitude, both of which were used to sell the given system as the unchanging horizon of all means of individual behavior conformation. “, Somma, Alessandro, *At the roots of European private law: social justice, solidarity and conflict in the proprietary order*, 4.3 – The Publicization of Private Law, cit., p. 197.

¹¹⁵ Luhmann, Niklas, *Sociologia del Diritto*, Roma – Bari, Laterza, 1977.

¹¹⁶ Teubner, G., *l diritto come sistema autopoietico*, . Giuffrè Editore, 2000. pp. 54 – 59.

¹¹⁷ Luhmann, Niklas, *Sociedad y Sistema. La ambición de la teoría*", Paidós Ibérica. 1990.

*normalizados, que son diseñados para la solución de problemas identificados, puestos en vigencia, experimentados y cambiados en la medida de la experiencia. La normatividad ya sólo mantendría la función de garantizar la constancia de las expectativas, mientras y hasta donde parezca tener sentido. La fundamentación moral e ideológica del derecho sería reemplazada por la crítica funcional*¹¹⁸.

Resulta entonces que, más allá de todas las fundamentaciones morales e ideológicas del derecho, una de las tareas principales del derecho reside en posibilitar la solución de problemas desconocidos y no identificados de la interacción social. De ahí que el derecho como ciencia y actividad práctica de los operadores jurídicos, se vuelque a tener en cuenta las cuestiones de las probabilidades estadísticas y demás ciencia humanas que le informen sobre la previsibilidad de los comportamientos humanos. De este tipo de reflexiones surgieron los principales nexos entre la teoría del derecho y la teoría económica en cuanto a comportamiento racional del individuo. El concepto de *regla del juego*, generalizado por HART, ya había sido anteriormente reconocido y desplegado por un clásico ordoliberal como Franz BÖHM en su discusión de la teoría económica clásica inglesa, como categoría central del derecho de la libre competencia y del orden de la competencia¹¹⁹.

En esta cuestión la formulación del Derecho – como ciencia ‘aplicada’ y arte de disciplinamiento social – tiene un rol significativo, en tanto observando su carácter coactivo, como observando su función educativa en cuanto a formulación de valores sociales. Reluce al abordar estas cuestiones el núcleo del pensamiento *gramsciano* para comprender el proceso de restructuración del Estado, de la sociedad civil y de las relaciones al interior del campo de fuerzas que se expande a nivel transnacional; es de primera necesidad valorar su particular visión sobre la crisis, su concepto de hegemonía y su formulación sobre ‘la revolución pasiva’. La revolución pasiva como proceso a través del cual la esfera más consolidada del poder político y económico recupera una parte de las demandas de los gobernados, restándole su iniciativa política. El Estado *integral*, de esta forma, amplía su esfera de clase e intenta constantemente recomponer la hegemonía sobre la base del diálogo y el control de las necesidades de los gobernados¹²⁰.

¹¹⁸ Luhmann, Niklas, *Sociología del Derecho*, Tomo II, 1972. p. 358.

¹¹⁹ Mestmäcker, Ernst, *La mano visible del Derecho: Derecho y Economía en Adam Smith*, En: *Recht und Ökonomisches Gesetz*, 2a. edición, 1984, p.79.

¹²⁰ Gramsci, A., *Quaderni del carcere*, Giulio Einaudi Editores, 1975.

El modelo del ‘actor racional’ del comportamiento humano motivado por la maximización de ‘sus propios fines e intereses particulares en la vida’, incluye la labor y el comportamiento de los legisladores nacionales y globales. De esta manera la evolución del Análisis económico del derecho y la valoración de los costos/oportunidades de la norma jurídica – y en consecuencia su paulatina, creciente privatización y desreglamentación sobre cuestiones esenciales al estilo del *common law* – se desarrolló como una teoría fundamental del derecho que apunta hacia la ‘eficiencia’ del sistema normativo centrado en la libertad de oportunidades manifestadas a través del contrato privado y de protección de la propiedad privada, hacia la valoración de los servicios públicos como ‘costes sociales’ y no como inversiones públicas orientadas hacia la maximización de la distribución de la riqueza y el beneficio social.

En este esquema orgánico y funcional, compatible con el pensamiento ordoliberal y su sentido de mínima intervención, puntual y estatal para corregir los desaciertos del mercado, el sistema normativo jurídico postmoderno debe adoptar las perspectivas del mercado y determinar, básicamente, si las reglas de la responsabilidad legal son útiles para provocar resultados eficientes sistémicamente¹²¹. Es un esquema que responde por analogía a la ley de la oferta/demanda del mercado, y las normas jurídicas se constituyen en precios que deben ser consumidas por los actores sociales ‘perfectamente’ racionales¹²².

La cuestión de la naturaleza recíproca entre la economía, la política y el derecho queda en entredicho y se centra en determinar el grado de sometimiento: ¿Cuál sistema jurídico minimiza los costes causados por los eventos dañinos? Y la respuesta más segura y pragmática es aquella que expone: ‘el régimen jurídico de la no reglamentación’, aquel que internalice ‘suficientemente’ las externalidades del proceso productivo¹²³. Por lo tanto, en todo caso, sería una reciprocidad asimétrica o una falta de real reciprocidad que responde a una decisión estratégica de elección probabilística, compleja y *ad hoc*, que se aleja del mecanismo democrático y se centra en los beneficios y en los intereses de las relaciones de contratación de largo término, que según un criterio instrumental de ‘sentido común’ respecto a los objetivos y aspiraciones geoestratégicas del vértice del poder, desplaza el monolítico principio de eficiencia de raíz económica de la primera escuela de Chicago, y desarrolla un tipo de subjetividad

¹²¹ Posner, Richard A., *Utilitarismo, Economía y Teoría legal*, 1979.

¹²² Kornhauser, William, *Aspectos políticos de la Sociedad de masas*, Amorrortu, Buenos Aires. 1969.

¹²³ Coase, R., *El problema de los costes sociales*, *Journal of Law and Economics*, 2, 1960.

pragmática para abordar, desde el conocimiento de la ‘objetividad jurídica’ el comportamiento de los actores racionales, la complejidad de los temas que deben resolverse desde la ciencia del derecho para encontrar y resolver, en cada momento, la cuestión fundamental de garantizar el funcionamiento orgánico del sistema ¹²⁴.

El derecho postmoderno abandona la tesis de la certeza centrada en la ‘eficiencia jurídica’ importada desde la ciencia económica y admite la indeterminación como elemento de complejidad de la realidad, lo cual le permite ser ‘flexiblemente contingente’. La ‘eficiencia jurídica’ cede al ‘*sentido común contingente*’ como elemento de gestión estratégica de las gestiones sociales del poder.

La ciencia del derecho ha asumido la visión estratégica de una dimensión social que supera la ‘objetividad’ de la ciencia económica, de modo que es conocedora de que cada ‘mercado’ se compone por una dosis de formas diversas de burocracia estatal, de costumbres nacionales, de tradiciones locales y de competencias imperfectas. De modo que los ‘mercados’, en su funcionamiento, también constituyen una mezcla de racionalidad e irracionalidad, de eficiencia e ineficiencia, de innovación y de conservación, de desorden creativo generado por la competencia y la tendencia al orden espontáneo creado por la necesidad del instinto de supervivencia.

De este modo, desde el derecho, ser ‘eficiente’ cobra un nuevo matiz que abandona la rigidez económica binaria de costes/beneficios, y se corresponde con una visión de ‘eficiencia común’ que tiene en cuenta la recepción y respuesta estratégica que ha de recibir su decisión jurídica/legislativa desde el resto de los ‘*ordines*’ sociales. Lo anterior, se corresponde con nuevas áreas de incertezas y de informalidades, de legalidad precaria y de artificialidades que se corresponden con esta fase de contingencia de la juridicidad ‘camaleontica’¹²⁵ y privada del derecho global que se extiende transversalmente por toda la sociedad¹²⁶.

¹²⁴ Rorty, R., *Contingency, Irony, and Solidarity*, Cambridge University Press. 1989. p. 81.

¹²⁵ Ferrarese, Maria Rosaria, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, cit. p. 91.

¹²⁶ “(...) il globalismo giuridico è oggi una linea di teoria del diritto e di politica istituzionale in larga misura vincente (...). Un gran numero di politici, giuristi, filosofi, moralisti e teologi occidentali – da Habermas a Rawls, a Bobbio, a Lyotard, a Dahrendorf, a Kung, per citarne solo alcuni – hanno più volte espresso la convinzione che la creazione di una giurisdizione obbligatoria e di una vera e propria polizia internazionale è l’unica alternativa alla guerra, al disordine internazionale – se non addirittura alla distruzione del pianeta e all’estinzione della specie.”, Zolo, D., *I signori della pace. Una critica del globalismo giuridico*, Carocci, 2001.

En este punto el neopragmatismo y las tendencias académicas neopostmodernas se complementan y se instrumentalizan recíprocamente a partir de los presupuestos filosóficos neoliberales de los cultores de la escuela *post* Chicago y sobre la base de una teoría del derecho sin fundamentos, que responde a una ‘razón práctica’¹²⁷, lo cual facilita la indeterminación y la ambigüedad del derecho, y con ello su disponibilidad como instrumento de intervención legislativo de ‘sentido común’, proyectado al servicio de los intereses estratégicos propuestos desde el vértice del poder y orientado siempre a un hipotético funcionamiento económico ‘eficiente’ del mercado sin costes, como elemento de legitimación de la propia ciencia jurídica.

La ‘cooperación racional y ordoliberal’ entre todos los subsistemas sociales permite gestionar adecuadamente y previsiblemente los vínculos jurídicos, políticos y económicos que portan a la producción y la distribución de las normas jurídicas, tanto a nivel nacional como a nivel global, según los intereses sociales más fuertes y mejor organizados. En todo caso, como expresiones de la práctica de la gobernanza y de las aplicaciones del *soft law*, ‘*la produzione normativa negoziata*’ asentada sobre las exigencias del mercado, conduce indefectiblemente a la merma del mito liberal del ‘estado de Derecho’ y a su creciente instrumentalización¹²⁸.

6 ORDOLIBERALISMO *COME SECOND BEST SOLUTION*.

Es válido preguntarse: ¿Si la economía social de mercado se presenta como un orden económico constitucional que ‘vende’ un mal menor? Al finalizar este apartado quedará pendiente la respuesta a la pregunta de ¿Hasta cuándo dos modelos de sistemas de sociedades capitalistas, como el modelo estadounidense y el modelo germano, podrán convivir en un mundo cada vez más globalizado y

¹²⁷ Minda, Gary, *Teorie postmoderne del diritto*, cit. p. 173.

¹²⁸ “*Deviare dalle forme tipiche della produzione di norme generali significa uno dei capisaldi dello Stato di diritto, la netta separazione tra i documenti che sono abilitati (e legittimati) a produrre regole obbligatorie per la generalità dei consociati e i documenti che sono privi di tali obbligatorietà. Sarà anche vero che tutto ciò appartiene alla mitologia dello stato liberale, che assegnare alle istituzioni rappresentative la funzione di garantire la “volontà generale” risponda più all’ideologia che alla realtà effettiva dello stato costituzionale, ma non è certo meno vero che le prassi di negoziazione politica tipiche della governance aprono un canale privilegiato per gli interessi sociali più forti e meglio organizzati: sicché la “legittimazione dal basso” che può giustificare la produzione normativa “negoziata” o comunque ispirata dal “mercato” o dalla “cosa a regolare”, non è per nulla tranquillizzante, se riletta dall’angolo visuale dello Stato di diritto e dei suoi principi.*”, Bin, Roberto, *Soft law no law*, cit. p. 35.

tensionado; ¿Y cuál será el modelo vencedor?¹²⁹

Se trata entonces de las contradicciones ‘no antagónicas’ por mantener el poder desde el ‘vértice del poder’, y no se trata de contradicciones por alcanzar el poder.

Este proceso de luchas y escarceos desde el vértice de la hegemonía del poder, – apoyados en la conformación paulatina y creciente de un ‘globalismo jurídico’ como soporte técnico aportado desde la ciencia del Derecho a la construcción de un gobierno ejecutivo global – , refuerza el *stabliment* y cierra y aniquila cualquier resquicio de ejercicio de transformación social, al asimilar – uniformando y homogenizando – los discursos temáticos disonantes – la identidad nacional, los derechos territoriales, los modelos alternativos de desarrollo, la protección del medio ambiente ¹³⁰, y la autonomía social, entre otros –, y logran copar el mercado de opciones ideológicas con las teorías políticas más conservadoras – *“algunas personas también temen la aparición de un ecofascismo que imponga medidas drásticas mientras se afianzan los inequívocos efectos del calentamiento global”*– ¹³¹.

De modo que los resultados difundidos, alcanzados y alimentados desde la hegemonía del poder, serían los esperados – lo cual queda coadyuvado al ser absorbido el discurso y repetido por los movimientos sociales – a modo de “conciencia de nuestra impotencia”¹³²: *“vivimos una crisis de las ideologías y una ausencia de alternativas de acción y de proyectos o modelos alternativos”*¹³³. En este caso particular, la dinámica misma de la ‘confrontación ideológica no antagónica’ desde el vértice del

¹²⁹ A esta dinámica ‘entre capitalismo’ habría que agregar por derecho propio y por su incrementado ascenso en la arena internacional, la cuestión del ‘capitalismo chino’ como un tercer modelo de desarrollo capitalista y fórmula híbrida.

¹³⁰ *“Ninguna otra región del mundo tiene tantas zonas protegidas y ecológicamente valiosas como América Latina. aun así, los bosques tropicales intactos van desapareciendo cada vez más. Tan sólo entre 2000 y 2005, América Latina perdió más de 230.000 kilómetros cuadrados de bosques, aproximadamente dos tercios del territorio de Alemania. La enorme mayoría de los recursos forestales fue destruida en el Brasil. Entre 1990 y 2005, las superficies forestales en América Latina se redujeron anualmente en un 0,4 por ciento en promedio, lo cual representa unos 40.000 km. La deforestación y los incendios forestales suponen alrededor de un cuarto de las emisiones de dióxido de carbono a nivel mundial. América Latina es responsable por entre un 30 y un 45 por ciento de estas emisiones. Por lo tanto, esta manera de explotar los bosques tropicales latinoamericanos conlleva graves riesgos adicionales para el clima mundial y la diversidad biológica”*, Ministerio Federal de Cooperación Económica y Desarrollo – BMZ -, *Estrategia de la cooperación para el desarrollo con los países de América Latina y el Caribe*, cit., p.14.

¹³¹ George, Susan, *Sus crisis nuestras soluciones*, cit. p. 18.

¹³² Touraine, Alain, *¿Cómo salir del liberalismo?*, cit., p. 18.

¹³³ Serrano, M. O., *Las ONGD en la encrucijada: Del Estado de Bienestar a la franquicia del Estado*, en *Las ONG y la política*, Ciencia Política, Istmo, 2002. p. 66.

poder – a partir de textos, de imágenes, de estadísticas, y de discursos – ¹³⁴ promovida desde la Konrad Adenauer *Stiftung* como centro de exportación y de generalización del modelo germano ordoliberal, complementario al modelo hegemónico neoliberal estadounidense –, sofoca el conflicto coherente y resulta convergente y positivo a sus intereses de pretensión de co-liderazgo hegemónico. Lo cual no desdice – todo lo contrario, lo refuerza – el modelo capitalista de desarrollo económico impulsado por Occidente¹³⁵. En este sentido, la fórmula de la economía social de mercado es capaz de renovarse y de ampliarse en su retórica, al punto de poder reformular su denominación por la de ‘economía social de mercado y ecológica’, tal como viene vaticinado por su principal promotor ideológico y *manager* de la Konrad Adenauer *Stiftung*: la CDU¹³⁶.

En otros términos, para el vértice del poder la posibilidad de evitar los conflictos y su posible ocultación a través del mecanismo cooperativo, es esencial para la supervivencia de la red colaborativa global entre miembros nacionales y locales que tienen diversidad de culturas e intereses, de modo que debe ser capaz de hacer convivir en el contenedor del equilibrio crítico de la resolución de las incompatibilidades, tanto el conflicto como la colaboración entre las partes, tanto el consenso como el disenso, la competición y la colaboración, la observancia y la inobservancia de los acuerdos; pero siempre resguardando el principio de ‘economía de la fuerza’ como reservorio de legitimidad y de hegemonía. La práctica de la *governance*, a través de la transparencia del procedimiento, es el medio adecuado para alcanzar la legitimidad democrática postmoderna del compromiso y del equilibrio entre culturas y tradiciones divergentes y conflictuales, que han de cooperar constreñidamente entre sí. Se trataría entonces de un proceso unitario racional de ‘construcción de la diversidad’ y de ‘destrucción

¹³⁴ *Los efectos sociales del Consenso de Washington*, Momento, Año 25, No. 2, 2010 – publicación periódica de ASIES – Konrad Adenauer Stiftung, Guatemala, <http://www.asies.org.gt/Boletin%20Momento/2010/Momento%202-2010.pdf>.

¹³⁵ Véase el programa Agenda 2010 ejecutado por el gobierno germano para reformar el sistema social y el mercado laboral alemán, en el marco de la Agenda 2010 Lisboa – aplicado para la liberalización del mercado en la Unión Europea –, cuyas medidas incluyen el recorte de un 25% de la política fiscal aplicada, de recortes en los subsidios a los tratamientos médicos y la disminución del beneficio de las pensiones a los desempleados. Agenda 2010 se considera el mayor recorte al estado de bienestar social alemán luego de la Segunda Guerra Mundial, con una marcada vocación neoliberal. Plehwe D., Walpen B. and Neunhoffer G., *Neoliberal Hegemony A Global Critique*, cit. pp. 1 –24.

¹³⁶ “*Es por ello que abogamos por una economía social del M (m) ercado y ecológica, que con investigación y desarrollo intensificados, sistemas puntuales de incentivos, programas de fomento y un marco de política de ordenamiento con orientación ecológica persiga metas ecológicas pre-establecidas.*”, El programa de bases programáticas, aprobado por la Convención nacional de la Unión Demócrata Cristiana de Alemania (CDU), en Hannover, 3-4 de diciembre de 2007. cit., p.48.

de lo diverso’.

No debe perderse de vista que la fórmula ‘economía social de mercado’ nace en un contexto de Guerra fría, que venía definido casi con el mismo nivel de ambigüedad con la cual el pensamiento ordoliberal, desarrollado al interno del régimen fascista, había abordado la cuestión de la ‘socialización del mercado’. La Guerra fría, tal como vino definida por el sociólogo francés Raymond ARON – amigo de Lionel ROBBINS y de Friedrich von HAYEK–, se presentaba como una situación de ‘*paz imposible y guerra improbable*’. Fue en este contexto en el cual la fórmula ‘economía social de mercado’ – heredera y deudora de un ‘fascismo social’ con una doble faz contradictoria: “*la práctica de la violencia brutal y la escenificación de la hermosa apariencia*”¹³⁷– comenzó su implementación nacional al interno de la Alemania *occidental*, orientada a la ‘carismática’¹³⁸ apariencia de la ‘reintegración de las masas’. Para el nazismo germano, la ‘cuestión social’ siempre ha quedado sometida a la solución de la ‘cuestión nacional’ alemana¹³⁹; este fue uno de los principales signos organicistas y totalitarios del fascismo, y continúa siendo esencial en la versión ordoliberal.

La labor institucional de la Konrad Adenauer *Stiftung* de promoción de la filosofía ordoliberal hace que esta devenga en un ‘intelectual orgánico colectivo’ según el pensamiento *gramsciano*, corroborado por la actividad sistémica y estructural que incluye la construcción y la promoción de una ética de

¹³⁷ Reichel, Petel, *La hermosa apariencia del Tercer Reich*, cit., pp. 85 - 101.

¹³⁸ “*El punto de partida más elemental para esta discusión requiere situar exactamente el nivel en el cual se va a colocar el análisis del fascismo. No se trata aquí de estudiar a la "personalidad autoritaria", tal y como ella se revela a partir de la aplicación de la famosa escala "F" (por fascismo) y con la cual las ciencias sociales norteamericanas de los años cincuenta intentaron explicar el fenómeno del "totalitarismo". Esta línea de análisis, íntimamente vinculada a las necesidades propagandísticas originadas durante los años de guerra fría, situaba el problema del fascismo a nivel del individuo: había, por lo tanto, personalidades "fascistas" cuyo comportamiento coloreaba la gestión de los "totalitarismos", fueran éstos de derecha o de "izquierda". El fascismo quedaba así diluido como una mera prolongación en el plano del estado y el régimen político de las psicopatologías individuales, y de paso la sociedad capitalista quedaba absuelta de culpa y cargo por haberlo engendrado.*”, Borón, Atilio A., *Estado, capitalismo y democracia en América Latina*. cit., p. 29.

¹³⁹ “*Para esto, el régimen nazi utilizó los recursos simbólicos y expresivos, los recursos coreográficos, comunicativos-masivos y arquitectónicos que estaban a su disposición, tanto de manera inescrupulosa como soberana al lado de todo el empleo brutal de la violencia estuvo la estetización, la escenificación permanente de una realidad aparente, esto fue necesario para la estabilidad del régimen. Se trataba de manera directa de abolir supuestamente el conflicto de clases, se trataba de la solución de la cuestión social. La realidad aparente se llamaba Volksgemeinschaft, pero esa realidad aparente cobraba rasgos reales, cuanto más perduraba y cuanto menos se la percibía como una escenificación. Esto apuntó de manera indirecta a la guerra de conquista y de exterminio que se dirigió contra Europa oriental y contra los judíos, y que debía traer la solución de la cuestión nacional.*”, Reichel Petel, *La hermosa apariencia del Tercer Reich*, cit., p. 104.

pensamiento y de acción que absorbe cualquier cuestionamiento – tanto el críticamente moderado como el radicalmente frontal – del modelo político liberal de los Estados latinoamericanos – ‘del modelo liberista’ –. Lo anterior confirma lo anteriormente expuesto, y se ratifica que no hay conflicto en el poder, sólo ‘un esquema racionalizado de cooperación estratégica que niega la contradicción y alimenta un determinado nivel de ambigüedad que le fortalece’¹⁴⁰.

La cultura liberista o el liberalismo económico, se presenta como una teoría del orden espontáneo del mercado, considerando a este último como una institución neutral respecto a sus fines, y centrada en la remoción de los obstáculos a la iniciativa privada como la mejor forma de promover el desarrollo económico y el bienestar general. La versión fundamentalista liberista está marcada por una esencia anti estatalista que promueve el envilecimiento del Estado, y difunde una concepción que considera superado el rol de la democracia como mecanismo político que asegure la representación política de los individuos y de los grupos sociales¹⁴¹. La cultura liberista se expresa, de manera escépticamente interesada, en proyectar una visión pesimista de la capacidad de la acción humana colectiva como medio para lograr un mejoramiento social.

La asunción de mejores prácticas sociales y la profundización de las relaciones con la sociedad civil debe ser considerado como una parte importante de la propia evolución de la hegemonía neoliberal, que absorbe la *contestations* en los tiempos actuales de reajuste del orden económico internacional y aleja la posibilidad de su propia extinción que viene determinada por la tendencia autofagacitaria del mercado.

¹⁴⁰ “Hasta el final de los años ‘60 no hubo ninguna reorientación en las relaciones con América Latina y se mantuvo en la esfera de las fórmulas cordiales, donde el único interés real se centró en la estabilización de los precios de las materias primas. Los primeros cambios tuvieron lugar a partir de 1968, con la visita oficial de Willie Brandt a América Latina. A su llegada a Viña del Mar, Chile, Brandt afirmó en una conferencia de prensa, que este viaje era el principio de una ofensiva política y diplomática. La razón de este cambio se debía en gran parte al cambio de posición de Alemania en relación a Estados Unidos. Bonn quería terminar con el papel de “junior” de cara a Washington y parecía que el momento era el adecuado, especialmente después del fracaso de la “Alianza para el Progreso” y del alejamiento y disminución del interés americano de América Latina en buena parte por su mayor involucramiento en la guerra de Vietnam.”, Heike Pintor Pirzkall, *La política de cooperación de Alemania en América Latina*, Centro Argentino de Estudios Internacionales, Programa Europa, Disponible en, <http://www.caei.com.ar/es/programas/europa/e6.pdf>.

¹⁴¹ “El mercado, siendo un juego de sumas variables, estimula la proliferación de múltiples centros competitivos de poder económico, el Estado, esfera monopolística de la coerción, es un juego de suma cero y, por lo tanto, crónicamente propenso a la concentración del poder político y la limitación de la competencia.”, Friedman, Milton, *Capitalism and Freedom*, cit., p. 119.

Perfectamente podría considerarse un fenómeno cíclico y dinámico la asunción y la sustitución del liderazgo ideológico en el vértice del poder, por parte de teorías económicas y políticas que se promueven desde la hegemonía como una gestión de innovación, de conservación y de actualización del *status quo*, según las condiciones cambiantes históricas de la sociedad, los diagramas de líneas de fuerzas imperantes en cada momento y la realidad concreta de los sujetos que actúan en el campo social ¹⁴². Las reglas del juego del poder se establecen en función de los recursos que disponga cada agente y según su posición dentro de la estructura del campo de relaciones de poder/dominación, de modo que de ello dependerá la capacidad social de contribución de cada agente al mantenimiento o a la transformación de las estructuras y funciones del orden social establecido –.

La hegemonía global, ante la imposibilidad de recurrir a un determinismo empírico que asegure el bienestar global a través del desarrollo ilimitado de la técnica y de las fuerzas productivas, gestiona funcionalizadamente la incertidumbre sobre la propia continuidad de la Humanidad y su inseguridad social, asumiendo una línea de pragmatismo utilitarista – emergente y atemporal –. Llegado el caso, los sujetos globales estratégicos son capaces de producir, a través de una amplia variedad de políticas y de proyectos neoliberales, más incertidumbre e indeterminación a fin de generar un mayor pragmatismo y un funcional utilitarismo cooperativo que justifique una respuesta autoritaria y antidemocrática a la ansiedad popular de transformación social por el mejoramiento de las condiciones de vida ¹⁴³. La cuestión del poder a veces no es tanto imponer “hacia dónde se va”, sino cerrar las brechas hacia otros caminos alternativos¹⁴⁴. Es aniquilar la construcción de la utopía en términos de futuro posible de la Humanidad desde la destrucción utilitarista y la paralización de la acción colectiva.

¹⁴² “*La sociedad no se considera nunca a través de representaciones conformes con la realidad sino con una imagen deformada de los intereses de los protagonistas de esa lucha (ideología) cuya función consiste en legitimar el poder constituido. Se trata de una representación completamente fantástica de la realidad y no de una simple mentira. Cada ideología, cada principio de legitimidad del poder, para desarrollarse con eficacia, debe, en efecto, contener también elementos descriptivos que lo hagan creíble y, en consecuencia, idóneo para producir el fenómeno del consenso. Por este motivo, cuando las creencias en que se basa el poder no corresponden ya a la realidad social, se abandonan y se asiste al cambio histórico de ideologías.*”, Webber Max, *Economía y Sociedad*, Tubinga, 1922. p. 235.

¹⁴³ “*Fuera de las leyes de la economía lo que existe es el abismo, la incertidumbre, la inseguridad de tener que diseñar un modelo diferente, la toma de decisiones políticas, el ejercicio del poder, la necesidad de tener que acumular fuerzas, la complejidad de un mundo lleno de seres desiguales, de ideologías, de luchas. Frente a este mundo (...) la economía nos ofrece una realidad simplificada en la que el hombre sólo ha de guiarse por las reglas del intercambio y por sus intereses. Se produce una progresiva simplificación del ser humano.*”, Díez Rodríguez, Á., *Las ONG como campo de relaciones sociales*, en *Las ONG y la política*, Ciencia Política, Istmo, 2002. p. 158.

¹⁴⁴ “*No es el mejor de los mundos, pero si es el UNICO mundo posible.*”, Hinkelammert, F. J., Ulrich D., *Property for People, Not for Profit: Alternatives to the Global Tyranny of Capital*. Progresso. pp. vii, 2004.

Es evitar todos los puntos de fuga y de evasión de un destino pre establecido normativamente para que no surja nada diferente; y si surgiese, encauzarlo funcionalizadamente.

El actuar estratégico no puede quedar solo confinado y reducido a un prudente cálculo de utilidades inmediatas – cálculo como proceso real en el cual los agentes establecen las relaciones entre medios y fines –, sino que trata de instrumentalizar el futuro a largo plazo, asumiendo probabilísticamente determinados grados de riesgos según los niveles de incertidumbre y de indeterminación que alimentan también el funcionamiento del sistema.

El ordoliberalismo y el trabajo institucional desarrollado por el universo KAS en América Latina, aún en su actividad funcionalmente crítica, no se dirige hacia la conformación de un contrapoder en relación con el neoliberalismo norteamericano, ni hacia una quiebra del poder constituido hegemónicamente por el neoliberalismo como filosofía de gestión y de transformación del poder¹⁴⁵; su labor se orienta hacia una autolegitimación como fuente de conocimientos y de autoridad moral, hacia la consolidación de la hegemonía trasatlántica de matriz liberal de esencia autoritaria que permita que sus intereses corporativos sean aceptados como intereses generales y globales¹⁴⁶. Y en este sentido se auto erige como una alternativa mesiánica viable y una deriva complementaria aceptable para todos; una especie de ‘*second–best solution*’ en el ámbito capitalista, o una ‘*terza via*’¹⁴⁷ según la visión de

¹⁴⁵ Kagan, R, *Of paradise and power: America and Europe in the New World Order*, New York: Alfred A. Knopf, 2003.

¹⁴⁶ “*Con su comercio e inversiones la Unión Europea y Estados Unidos constituyen los espacios económicos más vinculados en el mundo. Ante la progresiva interdependencia de las relaciones económicas transatlánticas abogamos por la eliminación de trabas comerciales y, a largo plazo, por la creación de un mercado transatlántico. En la relación transatlántica defendemos una Europa auto consciente, que no se concibe como contrapeso sino socia de Estados Unidos. Una política exterior exitosa presupone capacidad intelectual y económica, así como el atractivo de nuestro orden social y nuestra cultura. Tiene que ser fiable para que reciba la confianza de nuestros socios y aliados, por tanto rechaza las actuaciones nacionales aisladas. Entre otras cosas debe descansar en la voluntad, la decisión y la capacidad de defender nuestros valores, convicciones e intereses en el diálogo con otras culturas. Queremos intensificar el discurso de política exterior y de seguridad en nuestro país y en la Unión Europea. Para dominar los futuros desafíos de política exterior queremos perfeccionar la Unión Europea, cuidar y ampliar la asociación transatlántica y fortalecer el orden mundial. Para fortalecer la competitividad de nuestra economía queremos profundizar la integración económica transatlántica.*”, El programa de bases programáticas, aprobado por la Convención nacional de la Unión Demócrata Cristiana de Alemania (CDU), en Hannover, 3-4 de diciembre de 2007. cit., pp.66 -67.

¹⁴⁷ “*La terza via di cui si parla è così un’alternativa al socialismo, ma solo uno sviluppo del liberalismo classico, che peraltro scorreva di libertà incondizionate e tuttavia inserite entro un ordine naturalmente volto a coordinare le parti del tutto: voleva cioè superare la crisi dell’ordo christianus ma non anche affossarlo.*”, Somma, Alessandro, *L’economia sociale di mercato / 1. Il fascino della terza via: Torna di moda un passato mai passato*. cit., p. 8.

OPPENHEIMER, entre las dos posiciones extremas encarnadas por el capitalismo salvaje y el comunismo estalinista, siempre en el ámbito del discurso de la social democracia y en la confrontación filosófica, discursiva y práctica entre versiones de socialismo y de capitalismo¹⁴⁸, o entre modalidades de intervencionismo y de abstencionismo, o *tra l'economia pianificata' e l'economia libera'*¹⁴⁹, cercanas a un modelo de 'socialismo liberal' *oppenheimeriano*.

De cualquier modo, *la actividad kasiana* germana impide que surjan nuevas posibilidades de alternativas de ruptura y de renovación del orden social, en un ejercicio ordoliberal de 'racionalidad estratégica constructivista'¹⁵⁰ que deviene en un tipo de 'responsabilidad solidaria' de co-gestión con la hegemonía neoliberal estadounidense¹⁵¹ en un marco de especialización de la división social del trabajo ideológico a nivel global, marcada por una 'cooperación perfecta' entre dos modelos de gestión social.

A *la fine*, desde los círculos políticos alemanes – la ordopolítica – se promueve internacionalmente la visión de la necesidad de que la economía social de mercado *divente* un modelo ordenador de los mercados globales. Desde Alemania, y en una visión estratégica, se aboga por eliminar las trabas comerciales entre la Europa y los Estados Unidos y de crear, en el tiempo, un mercado transatlántico común¹⁵². Se trata entonces de una 'cooperación hegemónica' para 'ordenar las cuota de poder' y

¹⁴⁸ "Al lado de ellos, la economía social de mercado intenta representar una postura intermedia, que en cuanto a los procedimientos se apega al neoliberalismo, pero que en cuanto a los objetivos de la justicia social se alinea más con la socialdemocracia.", Lazcano Gutiérrez, Iván, *El ordoliberalismo alemán y la Economía Social de Mercado*. cit., p.16.

¹⁴⁹ Christlich-Demokratische Union e Christlich-Soziale Union, Düsseldorfer Leitsätze über Wirtschaftspolitik, Landwirtschaftspolitik, Sozialpolitik, Wohnungsbau, 15 julio 1949, pp. 1-2, citado por Somma, Alessandro, *L'economia sociale di mercato / 1. Il fascino della terza via: Torna di moda un passato mai passato*. Rivista quadrimestrale online del Centro Einaudi, 2009 Centro di Ricerca e Documentazione "Luigi Einaudi". maggio-agosto, n. 195. p. 17. Disponible en, www.centroeinaudi.it/centro/bdl.html

¹⁵⁰ Ferrarese, Maria Rosaria, *La governance tra política e diritto*, cit., p. 118.

¹⁵¹ "Based on a range of common principles that form no more than smallest common denominator, a diverse group of academics and intellectuals have succeeded in establishing and developing a family of neoliberalism's, including the Austrian and Chicago's Schools, Ordoliberalismus as well as Libertarianism, some of which have been accommodated in quite diverse political systems and by now inform the positions or both advocates and critics of neoliberalism to a greater or lesser extent. In addition, influential contemporary paradigms that claim to be critical of neoliberalism display a certain amount of overlap and compatibility with neoliberal philosophies." Plehwe D., Walpen B. and Neunhoffer G., *Neoliberal Hegemony A Global Critique*, cit. p. 2.

¹⁵² "Por eso abogaremos dentro y fuera de Europa enérgica y consecuentemente en favor de la Economía Social de Mercado como modelo ordenador de los mercados globales. Consideramos importante eliminar las trabas comerciales

establecer el marco legal del proceso del mercado global¹⁵³.

En todo caso, en lenguaje organicista y en sede de justicia conmutativa, la fisiología del ordoliberalismo germano se nutre de la patología del neoliberalismo estadounidense, y en ambos casos la dimensión social asume importancia sólo indirectamente como instrumento y no como un fin de la acción mínima de redistribución económica estatal en función biopolítica. Al final, cualquier consideración sobre las diferencias que ambos modelos proponen, queda en una cuestión de diferencia de grados, y la ‘competencia cooperativa’ establecida entre ambos proyectos hegemónicos se presenta como una mezcla de intereses cooperativos y competitivos, mínimamente opuestos y mayoritariamente complementarios. La mutua dependencia y los objetivos similares en la responsabilidad mancomunada de la gestión del poder, exige la necesidad de llegar a acuerdos, aunque más no sea para evitar el fracaso mutuo. Ello sin perder de vista que la cooperación no implica que ambas partes tengan que obtener forzosamente recompensas comparables¹⁵⁴. La coordinación de acciones es el elemento común que garantiza el triunfo de un particular tipo de racionalidad estratégica, orientada a la conservación sistémica de matriz liberista¹⁵⁵.

En términos generales, el propósito de regular y ampliar el ejercicio de los derechos económicos, y su primacía sobre el resto de las libertades y los derechos civiles, políticos y sociales, constituye un medio

entre Europa y Estados Unidos y crear con el tiempo un mercado transatlántico común.”, Resolución de la XXII Convención Partidaria de la Unión Demócrata Cristiana de Alemania (CDU): El centro. El fuerte de Alemania. Cit. p. 181.

¹⁵³ “*La globalización es un proceso evolutivo irreversible, enriquecedor en los ámbitos político y económico, que puede abrir mundialmente oportunidades sociales, políticas y económicas a cada vez más seres humanos. Queremos organizar la globalización de tal manera que en todo el mundo se fortalezca la democracia y los derechos humanos, y se apoye los objetivos sociales y ecológicos.*”, El programa de bases programáticas, aprobado por la Convención nacional de la Unión Demócrata Cristiana de Alemania (CDU), en Hannover, 3-4 de diciembre de 2007. cit., p.14.

¹⁵⁴ Axelrod, R., *La evolución de la cooperación. El dilema del prisionero y la teoría de juegos*, Madrid, Alianza, 1984.

¹⁵⁵ “*Si verdaderamente queremos superar la crisis, tendremos que actuar de manera coherente a nivel internacional. Los americanos tienen algunas cosas que aprender. Pero no hay motivo para caer en el antiamericanismo, porque para Europa, la comunidad transatlántica no sólo significa recibir ayuda cuando se la necesitó después de la guerra, sino también superar juntos las crisis cuando éstas se presentan. La crisis del sistema financiero mundial puede a fin de cuentas fortalecer la idea de la Economía Social de Mercado. De haberse leído a Wilhelm Röpke a tiempo, más de un problema se podría haber evitado. Esperemos que la lección valga para el futuro: “Lo importante –dice Röpke– es una severa regulación de la escasez del dinero. Pero este control razonable de la masa monetaria no puede esperarse de la libre competencia sino únicamente de un sistema de regulación monetaria minuciosamente concebido*”, Vogel, B., *Economía Social de Mercado*, Diálogo Político, Revista trimestral No. 1, marzo 2009. Argentina. p. 19. <http://www.kas.de/argentinien/es/publications/16719/>

inmediato para coordinar las fuerzas productivas del *ordine* económico, y no necesariamente se identifica con un fin orientado a afirmar la emancipación y la solidaridad entre los individuos¹⁵⁶. En realidad, la funcionalización de los derechos y las libertades económicas para evitar las fallas del mercado, no están correlacionadas con los deberes capaces de impedir que el Derecho sea un instrumento, más, de reproducción de las jerarquías sociales¹⁵⁷.

En palabras de DURKHEIM, este tipo de cooperación desde el vértice del poder es positiva y dulcificada en cuanto a división social del trabajo, por cuanto facilita la coexistencia de los rivales no antagónicos: *“La división del trabajo es, pues, un resultado de la lucha por la vida; pero es una solución dulcificada. Gracias a ella, en efecto, los rivales no se ven obligados a eliminarse mutuamente, sino que pueden coexistir unos al lado de otros”*¹⁵⁸.

La cuestión que se omite es que el esquema de cooperación ordoliberal propuesto reproduce el esquema de desigualdad de las diferencias sociales, por lo cual deviene en un esquema postmoderno, más sofisticado y sutil, de dominación social. La racionalidad estratégica que informa la acción de los actores globales ha acaparado la función de la coordinación de los fines y ha dejado libre la posibilidad de elección de los medios según sean las necesidades concretas de cada momento. La cohesión de las voluntades individuales en nuestra época como respuesta de resistencia a la acción sistémica – si la hay – no está edificada sobre una auténtica racionalidad ética, sino a partir de la necesidad de una coordinación estratégica mínima precariamente defensiva, que no está en capacidad de resolver el problema mayor y esencial de una mejor distribución material de la justicia social.

La acción estratégica, implementada y coordinada sistémicamente y sistemáticamente, está dirigida al perfeccionamiento de los medios que conducen al éxito de la praxis económica, es decir, a la consecución de un fin identificado con un tipo de egoísmo racional que condiciona el comportamiento humano, pero que no implica intrínsecamente una valoración de las metas mismas, o el planteamiento de conquistar mayores cuotas de justicia social centrado en el individuo como un fin en sí mismo.

¹⁵⁶ Somma, Alessandro., *Introducción crítica al Derecho europeo de los contratos*, cit. p. 24.

¹⁵⁷ Somma, Alessandro, *Scienza giuridica, economia e politica nel diritto privato comunitario*, cit., p. 231.

¹⁵⁸ Durkheim, Émile, *La división social del trabajo*, Tesis doctoral, 1893.

En este sentido, y una vez estudiada la obra de Amartya SEN ¹⁵⁹ en cuanto a su teoría de la justicia social y económica, articulada a partir del enfoque del desarrollo de las capacidades de cada miembro de la sociedad, y la transformación de la racionalidad económica en racionalidad ética – mediada por la simpatía, el compromiso y los valores morales –, no se ha encontrado, por parte del autor de esta tesis de investigación, una vía teórica que apunte a un cambio radical del proyecto de gestión global, por cuanto a *la fine*, se propone un nuevo mecanismo de racionalización, de matriz económica mediada por la consideración ética, que absorba las cuestiones más cruciales y urgentes de las carencias vitales acumuladas, como resultado de la práctica económica establecida ¹⁶⁰.

Básicamente la obra de SEN, desde la crítica del modelo basado en la racionalidad económica individual que dejaba el camino libre a la optimalidad de Pareto como paradigma de un ‘modesto óptimo social’ y de eficiencia económica – que no de la equidad social – y que ha sido el fundamento de la política económica y de las prestaciones sociales capitalistas desde hace más de cien años, se propone con excelentes intenciones de mejoramiento moral de la especie humana. Una reinterpretación del *homo oeconomicus* neoclásico y utilitarista desde una perspectiva ética con un nuevo rostro humano postmoderno, fundamentando un modelo de economía ética asentada en un tipo de elección racional que supere el modelo individualista impulsado desde las ciencias económicas modernas ¹⁶¹. Desde el pensamiento *seniano* se aboga por la incorporación de otros criterios más allá de la maximización del egoísmo individual, y se pretende la incorporación de criterios vinculados al deber, la lealtad, y la justicia.

Todo ello dará pie en la obra *seniana* a un nuevo concepto de racionalidad económica fundamentado en el comportamiento ético de un nuevo modelo de persona – agencia y bienestar –, con consecuencias directas para la toma de decisiones políticas y sociales según una visión solidaria de la humanidad ¹⁶².

No obstante, la propuesta ética *seniana* del ser racional que persigue su propio bienestar a través del incremento de los *entitlements*, y su posición ecléctica en cuanto a los roles de la acción

¹⁵⁹ Sen, Amartya, *Sobre ética y economía*, Alianza, Madrid, 1989.

–*Desarrollo y libertad*, Planeta, Barcelona 2000.

–*Rationality and Freedom*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2002.

¹⁶⁰ Conill, J., *Horizontes de economía ética. Aristóteles, Adam Smith, Amartya Sen*. Tecnos, Madrid. 2004.

¹⁶¹ Sen, Amartya, *Desarrollo y libertad*, Planeta, Barcelona 2000.

¹⁶² Sen, Amartya, *Elección colectiva y bienestar social*. Alianza, Madrid 1976.

descentralizada individual a través del mercado y la acción social organizada a través del estado, aún queda ‘atrapada’ en el propio esquema de la racionalidad económica de los incentivos individuales del sistema *quo*, que a su vez justifica las acciones compulsivas del estado y las acciones cooperativas de los individuos según el célebre ‘dilema del prisionero’ de la teoría de juegos, en el cual el esquema cooperativo produce mejores resultados que la acción individualista.

El trabajo de impronta *seniano* debe continuar profundizándose para componer un cuerpo suficientemente amplio y aprehensivo que permita contrarrestar el cuerpo doctrinario de la teoría neoclásica. Una propuesta cooperativa de las interacciones sociales merece un destino mejor que aquel que promueve el vértice del poder con marcado acento ordoliberal, orientado a su conservación y a la reproducción de las diferencias sociales.

Volviendo al universo *kasiano*. La propia actividad literaria e intelectual que queda financiada por la Konrad Adenauer Stiftung, en América Latina, acoge con cuotas de ‘cinismo’ la posibilidad de alcanzar a través de la ‘economía social de mercado’ la justicia social como expresión de una mejor redistribución material al interno de la sociedad. En este sentido valga como ejemplo el siguiente párrafo, donde el autor del artículo es capaz de justificar el aumento de las diferencias sociales a cambio de un mejoramiento de los más desfavorecidos. Para ello no duda, de manera instrumental, en retomar el egoísmo individual portado por la deshecha ‘mano invisible de Adam SMITH’ y volver a la retórica del ‘bien común’. Valga precisar, que al interno de la teoría de la ‘economía social de mercado’ la justicia social se considera básicamente reducida a una igualdad de oportunidades ¹⁶³, y muchos de los ideólogos e intelectuales ‘orgánicos’ ordoliberales pretenden acercarse a la teoría moralista del contrato social de John RAWLS ¹⁶⁴ para legitimar y reacomodar sus propios puntos de vista según los derechos fundamentales ‘mínimos’ que debiera tener una sociedad ‘justa’ y moralmente ‘objetiva’ construida a partir de un conjunto de principios jurídicos autoritarios y de

¹⁶³ “La Economía Social de Mercado distingue entre una justicia basada en la eficiencia, una basada en el consumo y una, en las oportunidades. En esa clasificación se identifica con una justicia basada en la eficiencia y las oportunidades. A diferencia de ello, el neoliberalismo y el Consenso de Washington tienden a privilegiar la justicia de la eficiencia, en tanto que las economías socialistas dan prioridad a la justicia del consumo.”, Marktanner Marcus, Winterberg Jörg M, *Consenso de Washington vs. Economía Social de Mercado*, cit. p. 107.

¹⁶⁴ Solo referir lo importante del cambio percibido en el libro de 1971, *A Theory of Justice* y su posterior obra denominada *Political Liberalism*, donde propone una concepción política de la justicia que rechaza la idea de una sociedad bien ordenada. Rawls, John, *Political Liberalism*, trad. it. *Liberalismo político*, Torino, Edizioni di Comunità, 1999.

precedentes judiciales ¹⁶⁵:

“Más bien, se podría decir que la política distributiva de la ESM persigue la misma idea que explica John Rawls: en principio, la libertad tiene prioridad sobre la igualdad, pero el incremento de la desigualdad material sólo es aceptable si trae como consecuencia que los más pobres alcancen mejores condiciones de vida, como sería el caso en una distribución de bienes más igualitaria. Dentro del programa de la ESM, cada uno debe tener también el derecho a perseguir su propio beneficio, porque ese objetivo al mismo tiempo aumenta el bienestar general. Sin embargo, hay que limitar esa libertad para defender a los débiles poniendo por condición que la disposición de la propiedad privada no sólo sirva para el bienestar del individuo, sino que contribuya igualmente al bien común”¹⁶⁶.

La justicia social, en todo caso y haciendo un acopio de buena fe, si se obtiene sería un ‘subproducto’ residual de la acción estratégica ordoliberal. Quiere decir, que sería un resultado al cual no se arribaría deliberadamente. La existencia mínima para los más débiles no puede asumirse como el resultado de una vida digna, y una genuina justicia social.

7 EL DERECHO COMO *CALCOLABILITÀ* DE *FUNZIONAMENTO DELL’ORDINAMENTO*.

Max WEBBER había indicado, como característica particular del desarrollo jurídico moderno, el vínculo existente entre la exigencia de ‘*calcolabilità*’ de la economía capitalista, y la exigencia de la igualdad formal de la cual era portadora el ordenamiento jurídico del estado moderno. La situación actual de los ordenamientos jurídicos nacionales continuamente se aleja de aquella orientación racional – formal pronosticado por Max WEBBER hace casi un siglo¹⁶⁷. WEBBER consideraba que el funcionamiento *ex ante* de la administración de justicia debía venir ‘*calcolato razionalmente*’ en base a normas generales precisas: ‘*un diritto che possa venire calcolato come una macchina*’¹⁶⁸.

¹⁶⁵ Minda, Gary, *Teorie postmoderne del diritto*, cit. p. 99.

¹⁶⁶ Rösner, Hans Jürgen, *Crisis financiera. Redescubrimiento de la economía social de mercado*. Cit. p. 92. (el subrayado es nuestro).

¹⁶⁷ Webber, M., *Economia e Società*, trad. it. elaborado por Pietro Rossi, Milano, Edizione di Comunità, 1961, vol. II, p. 682.

¹⁶⁸ Webber, M., *Economia e Società*, vol. I. cit. p.207.

Ampliando el discurso, en términos de Antonio GRAMSCI ¹⁶⁹, la hegemonía no puede ser ejercida exclusivamente desde la fuerza y desde la represión, se exige el consentimiento y la participación activa en el cumplimiento de las reglas por parte de todas las fuerzas sociales, asimétricamente dispuestas y ordenadas en bloques y en coaliciones de relaciones de poder; de este modo, en un ‘ambiente hegemónico’ se puede obtener un cambio de orientación y de contenido en el interior del campo de las relaciones de fuerzas, pero el cambio sería ‘ordenado, dosificado y circunscrito’ según las formas legales y las instituciones que previamente han establecido las fuerzas dominantes según el marco de referencia, cual escenario social limitado y reducido, preparado para la reproducción controlada, donde se establezcan las nuevas dinámicas y los des-órdenes sociales ‘regulados’.

De esta manera, en un ambiente social ‘hegemónico de matriz liberal’ propuesto por la Konrad Adenauer *Stiftung*, los procesos de desviación, de caos y de entropía social quedan regulados y circunscritos en el *ordine* de formas y diversidades del ‘contenedor de la constelación ordoliberal’, que absorbe las discontinuidades sin rupturas sociales, a modo de perversa ‘retroalimentación negativa y de histéresis social’, que restablece y memoriza continuamente las condiciones iniciales de los ‘órdenes sociales parciales’, estabilizándolos, restableciéndolos y reproduciéndolos.

De este modo el ordoliberalismo germano en América Latina se articula armoniosamente – en un intenso proceso de mediación intelectual, siempre apoyado por una vasta infraestructura técnica, de recursos humanos y de recursos económicos – con la histórica y tradicional presencia del neoliberalismo estadounidense en la región, conformando ese *omnipresente* espectro hegemónico de poder transnacional occidental liberista, siempre protegido por la mano visible del Derecho y la armadura de coacción del Estado¹⁷⁰.

En los anexos de la tesis se refleja la composición y la naturaleza de los miembros que conforman el universo *kasiano* en América Latina, en cuanto a la conformación de sus socios y sus contrapartes. De este modo puede observarse que en América Latina – según la publicación de sus propios sitios webs – se encuentran identificados 138 *partners* ‘ordoliberales’ del universo de la Konrad Adenauer Stiftung – Ver Tabla No. 1–, de los cuales 47 constituyen universidades y centros de investigaciones de toda la

¹⁶⁹ Gramsci, A., *Quaderni del carcere*, Giulio Einaudi Editores, 1975.

¹⁷⁰ Ver entre otros, las obras desarrolladas por Nicos Poulantzas (2001), Leo Panitch (1998), Joachim Hirsch (2001), Bob Jessop (2001), y Mario Candeias (2004).

región; 60 miembros pertenecen a los partidos políticos, centros de formación política, sindicatos obreros y demás organizaciones sociales; e incluye a entidades públicas y estatales (24), medios de comunicación (7), sector empresarial (4) y organizaciones internacionales (6).

Pero América Latina, como espacio históricamente privilegiado y comúnmente dispuesto para la intervención occidental – tanto militar, como intelectual, como de expolio a sus recursos naturales –, comparte perfectamente la presencia ordoliberal con la presencia sostenida de *partners* neoliberales en sentido estricto¹⁷¹. De este modo América Latina deviene en un espacio de confrontación, de competición y de cooperación de ideas occidentales que pretenden copar, ‘desde la derecha política’, el mercado ideológico y cultural latinoamericano, y las consecuencias sociales que de ello se deriva en cuanto a conformación de hábitos y modos de comportamientos individuales, institucionalizados y regulados jurídicamente.

Quizás, en esta labor de conformación del ‘consenso ordoliberal latinoamericano’, se ponga de manifiesto en América Latina, como en ninguna otra región del planeta, el ‘falso paso’ de la modernidad a la postmodernidad, caracterizado por esa apariencia simplificada de un espacio liso, continuo y uniforme que en realidad está surcado por tantas líneas de fallas sistémicas, de contradicciones internas, de crisis sociales nacionales, de intentos de golpes de estado, de amenazas de vuelta a las dictaduras militares y de llamados al fantasma de la conformación de un nuevo proyecto socialista – Socialismo del siglo XXI en Venezuela; la Revolución Ciudadana en Ecuador; y el gobierno de Evo Morales aupado por el Movimiento al Socialismo – MAS –, en Bolivia. América Latina es, en ese sentido, un territorio moderno, estriado y surcado por la proliferación de infinitas crisis menores de disfuncionalidad – mal definidas y gestionadas por la sociedad imperial – a la cual ‘la sociedad de control global’ pretende disciplinar integrándola a la ‘postmodernidad occidental’, empleando para ello un agente internacional como la Konrad Adenauer *Stiftung*, que no requiere recibir un mandato explícito de algún órgano del poder global que participa en la conformación de la ‘arquitectura mundial’, sino que actúa por iniciativa propia en virtud de un mecanismo tácito hegemónico en el cual cada uno conoce sus roles, y los cumple. La Konrad Adenauer *Stiftung* ‘*takes place in the shadow of hierarchy global*’.

¹⁷¹ Plehwe D., Walpen B. and Neunhoffer G., *Between network and complex organization. The making of neoliberal knowledge and hegemony*, en, *Neoliberal Hegemony A Global Critique*, cit. p. 37.

En consecuencia, el orden jurídico actual, modulado por la diversidad de las prácticas de la gobernanza, se caracteriza por su ‘inclusividad y por su efectividad’, y la inclusión de los agentes privados en los procesos de decisión de las cuestiones públicas es la característica que define el orden jurídico global, propio de prácticas gubernativas liberistas concertadas en línea con la formulación ideológica general de la promoción del consenso y de la cooperación. Por su parte, la inclusividad del orden jurídico es expresión característica de la participación de los intereses privados en línea con la búsqueda de nuevos canales de legitimación *pseudo* democráticos con el sistema económico general.

La efectividad del orden normativo significa que la centralidad del momento de la producción de los efectos jurídicos desplaza el momento de la ‘*normazione*’, todo en línea con la característica postlegislativa que abandona el momento absorbente y esencial de la producción de la norma, para centrarse en la producción de los resultados jurídicos. Observando siempre que la gobernanza sólo puede funcionar si es aceptada, lo cual es consustancial tanto con su precariedad como con su más plena eficacia¹⁷². Lo anterior se corresponde con los aspectos de la ‘economía del poder’, consustancial a la gobernanza y al imperativo de racionalización de los sistemas jurídicos y las instituciones, tal como fue abordado y descrito previsoramente por FOUCAULT en cuanto a tecnología del poder¹⁷³.

El Derecho de la gobernanza global contemporánea, según el protagonismo de los intereses privados nacionales e internacionales, se caracteriza tanto por su carácter neofeudal como por el estilo estadounidense que impera en sus reglas jurídicas, propio de un retorno a los tratos medievales orientados al *status* corporativo, lo cual le garantiza a la norma la suficiente elasticidad para adaptarse a modo de un *work in progress* más rápidamente a las necesidades del circuito económico típico del capitalismo global. La anterior observación permite considerar la importancia de la predictibilidad de la producción de la regla judicial elaborada al interno de una intensa comunicación transnacional, lo cual permite valorar la utilidad global que el Derecho le brinda a la Economía y a los operadores del circuito económico, ya que por un lado le facilita la ‘*calcolabilità completa del funzionamento dell’ordinamento amministrativo e giuridico*’¹⁷⁴, y por otro, ‘*il massimo grado di razionalità formale del calcolo di capitale*’¹⁷⁵.

¹⁷² Rosenau, James N., Czempiel, C.O., *Governance without government: order and change in world politic*, cit. p. 14.

¹⁷³ Foucault, Michel, *Microfísica del poder*, Madrid, La Piqueta, 1980, p. 116.

¹⁷⁴ Webber, M., *Economia e società*, vol. 1 p. 161.

¹⁷⁵ Foucault, Michel, *Sicurezza, territorio, popolazione*, cit. p. 80.

Lo anterior – la *‘calcolabilità completa del funzionamento dell’ordinamento amministrativo e giuridico’* – no debe interpretarse en el sentido simple y convencional de la rigidez propia de la interpretación de la norma y la producción de sus unívocos efectos a través del juez como ‘boca de la ley’. Lo anterior implica más, e implica la flexibilidad constante, laxa y orientada, por cuanto el Derecho como expresión del juego de composición plural de los intereses públicos y los intereses privados queda funcionalizado por el gobierno de las relaciones económicas y por el criterio de la economía de los costos de transacción, que cada vez le brinda mayor participación a los organismos *quasi* judiciales como modalidades alternativas privadas de ‘justicia mórbida’ – conciliadores, mediadores, árbitros –, todos especializados en el rol funcional de superación del conflicto por la recomposición privada entre las partes, potenciando la eficacia del ordenamiento judicial y reportando al primer plano la lógica del *soft law*, tan afín al mercado y tan distante de la democracia participativa¹⁷⁶.

Que el Derecho privado vela en primer grado por la eficiencia económica y por la protección de los intereses particulares es una cuestión reproducida hasta la saciedad. No obstante, la funcionalización del Estado y de los recursos públicos a su alcance, es una cuestión que escapa del circuito del control democrático de la actividad política, y para lo cual el dispositivo de la gobernanza es esencial en aras de un proceso de paralegitimación de la actividad privada.

Como se había expuesto anteriormente en el texto, en cuanto a la internacionalización de las esferas de la vida pública y privada de los estados nacionales, de sus instituciones y de sus individuos, la expresión *‘Governance without government’* encuentra su homólogo en un modo nuevo de repensar la privatización de la justicia como *‘giustizia senza giudizio’*, lo cual nos lleva a la consideración de *‘Diritto senza Stato’* como consecuencia de la ampliación de la esfera privada a través de la utilización del contrato ‘atípico’ como instrumento de comunión de voluntades particulares, tanto de sujetos públicos como de sujetos privados sin la directa intervención del Estado. Que son a su vez, todas, expresión de que la economía transnacional favorece un proceso de creación y de desnacionalización de un propio Derecho, a la par de un proceso de innovación y de aculturación en el panorama jurídico

¹⁷⁶ “*Si ricava così, se non l’unica, la principale funzione chiaramente attribuita ad attribuibile all’utilizzo del diritto morbido: sostituire la democrazia partecipativa con una forma di democrazia fondata sulla mediazione di interessi particolari, definita in termini meramente procedurali e non anche contenutistici. In tal modo i contenuti si avviano a divenire una variabile dipendente delle procedure, a trasformare con ciò la costruzione comunitaria in una costruzione neocorporativa. Una costruzione comunque chiamata a presidiare un esito ben definito ed in tal senso duro.*”, Somma, Alessandro, *Soft law e hard law nella costruzione del diritto privato europeo*, en Somma, Alessandro, *Soft Law e hard law nelle società postmoderne*, cit., p. 171.

¹⁷⁷, al punto de considerar que en muchas de las ocasiones el juez nacional no es capaz de encontrar en las fuentes internas las respuestas adecuadas a cuestiones que le superan y le desbordan, por lo cual deben ser reenviadas a las jurisdicciones internacionales, preferentemente privadas, o acceder directamente por analogía a los fallos de las cortes foráneas.

En todo caso, las cortes de justicia, nacionales e internacionales, judiciales y parajudiciales, se presentan en este contexto de ‘gobernanza judicial’, cargadas del dinamismo impuesto por la evolución de la norma jurídica, provocado por la necesidad de ‘reinventarse’ constantemente como resultado de la adaptación a la interacción, en sede judicial, de determinados sujetos portadores de un comportamiento político y económico de naturaleza plural y de fuerza estratégicas, que exige de las cortes judiciales un análisis casuístico que va conformando y estructurando paulatinamente una acumulación de casos particulares resueltos, a modo del *precedente* de Derecho muy parecido a los análisis de casos propios del *common law* ¹⁷⁸.

Si el paso del *status* al *contrato* estuvo marcado por la afirmación del estado moderno y la distinción entre las esferas pública y privada, en la situación actual de confusión del espacio público y del bien común colectivo, con los intereses y beneficios privados de los agentes económicos, son las ‘formaciones sociales intermedias’ las que cada vez obtienen nuevos espacios políticos y avizoran un neo retorno al pasado reciente ¹⁷⁹. La distinción entre Derecho público y Derecho privado se desvanece y se manifiestan los caracteres propios de un sistema neofeudal contemporáneo, muy cercano a fórmulas neocorporativas policéntricas y autónomas que intervienen sobre el conflicto social utilizando la colaboración recíproca y la negociación como instrumentos de anulación y de pacificación¹⁸⁰. La gestión postmoderna de las relaciones sociales incluye la gestión contemporáneamente del *status* económico a través del mecanismo jurídico del contrato privado, por

¹⁷⁷ “Così, nei paesi ex colonizzati si sono prodotti fenomeni di acculturazione. Acculturazione intellettuale, sociale, economica, ma anche giuridica.”, Carbonnier, Jean, *Flessibile Diritto. Giuristi stranieri di oggi*, cit. p. 19.

¹⁷⁸ Ferrarese, Maria Rosaria, *La governance tra politica e diritto*, cit.

¹⁷⁹ “Sin embargo, al contrario de lo que Madison pensaba, los pluralistas sostienen que los grupos y sus intereses más que ser una amenaza a las organizaciones democráticas, las facciones son una fuente estructural de estabilidad y por lo tanto una expresión central de la democracia. Para ellos, la existencia de diversos intereses en competencia es la base del equilibrio democrático y de un favorable desarrollo de la policy pública.”, Lazcano Gutiérrez, Iván, *El ordoliberalismo alemán y la Economía Social de Mercado*. cit., p.113.

¹⁸⁰ Somma, Alessandro, *Temi e problema di diritto comparato. Diritto comunitario vs. Diritto comune europeo*, cit., p. 39.

supuesto, con proyecciones públicas.

El *status* premoderno nunca desapareció – si bien es cierto que ha estado lo suficientemente escondido para propiciar un debate más intenso – porque la igualdad formal contractual establecida en los códigos civiles modernos nunca ha sido suficiente para garantizar la igualdad material de los contrayentes en el escenario social¹⁸¹, con lo cual la postmodernidad se presenta como un retorno y un renacer feudal – neofeudalismo y neostatus postmodernos –. El Derecho contractual contemporáneo y la actividad del jurista postmoderno está mucho más vinculado y ocupado de la racionalidad del mercado, y del funcionamiento racional de la compleja sociedad global, que de la función primaria, básica y ‘moderna’ de garantizar la igualdad de las partes, la recíproca equidad contractual y la genuina autonomía de la voluntad de los contrayentes.

La *calculabilidad* y la certeza de funcionamiento del ordenamiento jurídico – según la idea económica de la racionalidad – implica la invitación para que la actividad política abandone la regulación del espacio de las relaciones del mercado, según los criterios de la justicia social; de modo que la actividad política se limite a reducir la ‘incertezza’ que produce el vertiginoso desarrollo de la ciencia y del conocimiento, sin intervenir al interno de los ‘procesos del mercado’. De este modo el mercado toma el puesto central de la actividad política en cuanto a la posibilidad de generar un nuevo tipo de regulación *soft* – regulación diferente a aquella legislación concebida como *hard law* resultado de la actividad política formal – y en la producción de ‘certeza’, lo cual equivale que debe asumirse que es el mercado la institución básicamente legitimada a transformarse para producir un ‘*ordine sociale*’ que minimice el sentido subjetivo de la incerteza – la incerteza, siendo una percepción subjetiva, tiende a transformarse en un estado de desorden –. Lo cual no implica un desdén absoluto por la actividad política, que debe cumplir un rol secundario en cuanto a garantizar el clima institucional del *rule of law*¹⁸². En materia de *ordine ordoliberal*, como marco necesario para la generación de certeza y *calculabilidad*, no existe contraposición entre el *soft law* y el *hard law*, sólo existe una

¹⁸¹ “El contrato se presumía justo por ser hijo de la decisión de los interesados, no importaba que existiese desproporción entre las prestaciones: eso era lo querido por las partes. No importaba si, en los hechos, existían diferencias reales entre la condición económica de los contratantes, posiblemente la representación que se tenía del contrato era la de un acuerdo pasado entre dos mercaderes que concertaban un acuerdo en una feria, en el marco de una economía agrícola y no tecnificada, o entre dos propietarios.”, Vega Mere, Yuri, *Contratos de Consumo. (Estudio sobre el derecho del consumidor)*, Segunda edición, Editorial San Marcos, Lima, Perú. 2005. p. 21.

¹⁸² Cubeddu, Raimondo, *Soft law e hard law nella prospettiva dell’Austro-liberalismo*, cit., pp. 48 - 53.

complementariedad mutua, funcional y difusa¹⁸³, que se enmarca a partir de la existencia de un origen común, en la continuada conformación de una tradición jurídica occidental, funcional al esquema de globalización propuesto¹⁸⁴.

La actividad normativa contemporánea, protagonizada por el mercado, es aquella propia del *soft law* que vela por la '*funzione*', por la efectividad y por la continuidad del '*ordine proprietario*' bajo el prisma organicista del modo de ser de la sociedad capitalista ordoliberal, que desconoce la división entre derecho público y derecho privado¹⁸⁵, resolviendo la incompatibilidad entre ambos privatizando el derecho y las relaciones sociales en general – poniendo de manifiesto aquella razón de estado enunciada por FOUCAULT en cuanto al 'arte de gobernar menos', que viene forzada desde el interno del sistema–. El *soft law* como tipología jurídica apoyado en su modalidad procedimental, viene caracterizado por la ausencia de coacción, por la falta de ritualidad propia de la '*validità*' kelseniana de la actividad legislativa del estado y – a *contrario sensu* – por su elevada capacidad de producir efectos prácticos como resultado de la concertación de los intereses fuertes y mejor organizados. Todo lo cual produce una informal certeza jurídica y la *calculabilidad* económica del ordenamiento jurídico – produce también autoritarismo y modos antidemocráticos de gestión social¹⁸⁶ – según los intereses del

¹⁸³ Somma, Alessandro, *Soft law sed law*, en *Rivista critica de diritto privato*, 2008. p. 437 y ss.

¹⁸⁴ "Ancora oggi l'appello alla tradizione romanistica come *jus comune*, in cui *civil law* e *common law* possono addirittura trovare il punto d'incontro, serve per edificare una più complessa *Western Legal Tradition* con nuove altre finalità.", Marini, Giovanni, *Diritto e politica. La costruzione delle tradizioni giuridiche nell'epoca della globalizzazione*, cit., p. 11.

¹⁸⁵ "La dicotomia fra pubblico e privato - sebbene oggetto di una critica a volte anche corrosiva, che oscilla fra l'impossibilità di mantenere una rigida contrapposizione fra le due sfere e la denuncia della sua vaghezza ed instabilità - continua nondimeno a riemergere e giocare un ruolo fondamentale quando si tratta di operare una classificazione sistematica dei problemi, di inquadrare i casi o determinare la specializzazione professionale dei giuristi. La contrapposizione fra un'area (il privato), caratterizzata dalla dimensione orizzontale delle relazioni che governa e dall'uguaglianza dei suoi attori, dominata dalla neutralità delle sue regole, dall'estraneità ai conflitti politici e dalla oggettività delle costruzioni scientifiche ed un'altra (il pubblico), caratterizzata invece dalla dimensione asimmetrica e verticale delle relazioni, da interventi contingenti e dunque più aperta alla politica ed alla redistribuzione sembra radicata stabilmente nell'impianto retorico che viene dispiegato per raggiungere le varie soluzioni, esercitando un'influenza decisiva.", Marini, Giovanni, *Diritto e politica. La costruzione delle tradizioni giuridiche nell'epoca della globalizzazione*, cit., p. 15.

¹⁸⁶ "Otra lección que puede extraerse de estos años es la siguiente: ¿no hubo un exceso de optimismo en la capacidad de las instituciones políticas de la democracia para condicionar las decisiones de los gobernantes? La necesidad de contar con un cierto grado de consenso popular no parece ser una fuerza demasiado seria en la determinación de las políticas económicas de los gobiernos, ni siquiera en vísperas de las elecciones. Es evidente que la gravitación de los lobbies empresariales es infinitamente más poderosa, todo lo cual obliga a replantear seriamente algunas de las ideas más corrientes acerca del funcionamiento de las democracias "realmente existentes".", Borón, Atilio A., *Capítulo IX. Tras el*

soberano y renovado ‘*ordine proprietario*’ y del ‘mercado *constitucional organicista*’¹⁸⁷.

El profesor SOMMA define la capacidad de predecir y calcular el resultado de la aplicación del sistema jurídico como resultado de la funcionalización de las libertades económicas individuales por parte del sistema económico general, todo en línea con la lógica racional de equilibrio del sistema económico ordoliberal que no contempla la realización de modelos contractuales de tipo solidarios. Su análisis, practicado en el contexto ordoliberal europeo, es básicamente extrapolable a la lógica sistémica ordoliberal global, es el siguiente: “*È in tal modo che il diritto imperativo fa sì che il contratto individuale sia disciplinato in funzione del suo legame con il sistema economico generale. E ciò comporta l’esplicita conformazione delle libertà economiche in senso ordoliberale e con essa anche l’individuazione, in chiave funzionalistica, della reazione dell’ordinamento di volta in volta più adatta a preservare l’equilibrio del sistema. Non comporta invece l’ammissibilità di interventi conformativi caratteristici dei modelli contrattuali di tipo solidale, che hanno invece distinto gli ordinamenti nazionali e con ciò il diritto privato europeo*”¹⁸⁸.

8 CONTRACTUALIZACIÓN PRIVADA DEL ESTADO SOCIAL.

La constante y creciente contractualización privada del ‘estado social’ es consecuencia directa del dominio del mercado sobre la actividad política y la preponderancia de la soberanía propietaria que impone mayores límites a la ‘otrotra’ genuina soberanía política de los Estados nacionales. Todo lo cual se agudiza, aún más, como resultado de la globalización económica. Por lo tanto, abordar la cuestión de la privatización del estado social es adentrarnos – junto con el profesor BIN – en el espacio del mercado que no necesita más de la intervención del estado y de su aparato público, sino como ‘dispositivo represivo de seguridad externa’ a su funcionamiento. De ahí la utilización del término *governance* en defecto del término gobierno, dado que gobierno implicaría asumir la existencia de una

diluvio siempre sale el sol. La teoría política marxista entre las transformaciones del capitalismo y el derrumbe de los "socialismos realmente existentes: Estado, capitalismo y democracia en América Latina, cit., p. 222, nota 43.

¹⁸⁷ Somma, Alessandro, *At the roots of European private law: social justice, solidarity and conflict in the proprietary order*, 4.2 – *From Order to Organism*, cit., p. 190.

¹⁸⁸ Somma, Alessandro, *Soft law e hard law nella costruzione del diritto privato europeo*, en Somma, Alessandro, *Soft Law e hard law nelle società postmoderne*, cit., p. 166.

actividad política pública que ya ha sido expulsada más allá de los confines del mercado. Por el mismo motivo la práctica de concertación de los intereses privados – *stakeholder* –, a través del *soft law*, ha desplazado y reducido la utilización de los mecanismos democráticos de regulación estatales para condicionar los comportamientos sociales. El discurso ordoliberal se hace eco de esta realidad contemporánea con una ‘nueva’ economía social de mercado con fuerte impronta de caracteres católicos:

“La economía social de mercado del siglo XX permitió "prosperidad para todos". Nos atenemos a eso, pero con "oportunidades para todos" generamos las condiciones que también permitan se desarrollen plenamente en el siglo XXI los efectos positivos de la economía social de mercado”¹⁸⁹.”

Con este sencillo y sutil planteamiento, expuesto a modo de *soft law* por la Convención de la Unión Demócrata Cristiana alemana – CDU –, en el año 2007, se justifica el cambio de intencionalidades de la edificación de la realidad social. La mutación de ‘prosperidad’ por ‘oportunidad’ comienza a definir la justificación ética para la ‘privatización del Estado social’, que continúa a ser constreñido por la eficiencia económica, la subsidiariedad incrementada en los límites del Estado de derecho, y por el principio de la ‘competencia funcional’ que garantiza el productivismo como razón legitimante del sistema. El pensamiento programático ordoliberal proyecta la visión de las ‘libertades y seguridades’ individuales como corolario de la ‘sociedad de las oportunidades’. Sin embargo, el modelo de gestión social sigue siendo aquel modelo corporativo de control de las dinámicas sociales de la ‘economía social de mercado’, que en su versión 1.0 nació al interno de un régimen totalitario empeñado en prácticas de liberismo económico.

En el pensamiento ordoliberal la concepción, el alcance y el contenido de la realización del ‘estado social’ queda siempre funcionalizado por la propia realidad que confronta la ‘economía social de mercado’ como *“riflessione critica sulla pratica governamentale”*¹⁹⁰. Se está en presencia de un ‘gobierno de sociedad’, y de una ‘política de sociedad’ que pretende la realización del mercado al

¹⁸⁹ *“La economía social de mercado del siglo XX permitió "prosperidad para todos". Nos atenemos a eso, pero con "oportunidades para todos" generamos las condiciones que también permitan se desarrollen plenamente en el siglo XXI los efectos positivos de la economía social de mercado. Para ello generamos las condiciones que fortalezcan la disposición de rendimiento y la habilidad, la confianza en la fuerza propia, la responsabilidad social y la solidaridad. (...) La vida libre y segura se realiza en la sociedad de oportunidades”*, El programa de bases programáticas, aprobado por la Convención nacional de la Unión Demócrata Cristiana de Alemania (CDU), en Hannover, 3-4 de diciembre de 2007. cit., p.16.

¹⁹⁰ Foucault, Michel, *Nascita della biopolitica (1978-79)*, cit., p. 65.

menor costo posible. El mercado como principio regulador de la sociedad a partir del principio político de la competencia. Es aquí donde se busca formalizar el funcionamiento de la sociedad según el modelo de la empresa privada. Esa multiplicación de la forma empresa, dentro del cuerpo social, constituye el objetivo de la política ordoliberal¹⁹¹.

En este sentido, la presencia y la actividad de la Konrad Adenauer *Stiftung* supone una muestra de aquella ‘rearticulación del espacio político internacional que se realiza a través de la asociación transnacional entre sujetos públicos y sujetos privados’, que da lugar a una arquitectura más compleja¹⁹² para mediar entre el poder político de los países latinoamericanos y sus dos dimensiones, tanto la dimensión doméstica en relación con las bases sociales nacionales, como en la dimensión internacional en cuanto a relacionarse con los macro actores globales.

Siguiendo una lógica conflictiva de ‘suma cero’, este análisis debe evitar cualquier consideración que conlleve a simplificar el problema. No obstante, desde el vértice del poder la cuestión de la interacción social que informa el debate sobre la relación entre los actores públicos y los actores privados en el esquema de rearticulación de la gobernanza global, en los distintos niveles, en particular en el espacio nacional, responde a una lógica de ‘suma positiva’ de ‘cooperación perfecta’, por cuanto el incremento de la complejidad del espacio político y social favorece la participación de ‘los intereses de los actores privados transnacionales’, portadores de las experiencias y de los conocimientos – que ellos mismos

¹⁹¹ “En consecuencia, la problemática del Estado asistencialista y el menú de prestaciones sociales que se supone debe brindar a la población tienen implicaciones que exceden con creces el debate más restringido de la teoría económica. Un análisis que pretenda estimar costos y beneficios de diferentes políticas sobre la base de un modelo de “elección racional” es incapaz de capturar todas las múltiples dimensiones incorporadas al fenómeno del intervencionismo estatal, cuyas raíces son mucho más fuertes de lo que suelen suponer sus enconados adversarios. No hay ninguna razón económica, política o filosófica por la cual deba aceptarse la bárbara pretensión del neoliberalismo de reducir el Estado a una empresa. Tamaño disparate sólo puede ser producto del ofuscamiento que el interés ejerce sobre la inteligencia, pues a nadie en su sano juicio se le ocurriría pensar que ambas instituciones cumplen las mismas tareas y se desempeñan con arreglo a los mismos valores. Por eso no está de más recordar que el auge del neoliberalismo no es tan sólo una respuesta técnica surgida de la revalorización de la herencia teórica de la escuela austríaca y del pensamiento de Adam Smith, es también una propuesta que contiene, en diferentes grados de elaboración, una teoría política sobre la organización del Estado, su naturaleza y funciones lo cual incluye el tema, crucial, del intervencionismo y la planificación y sobre el papel que la ciudadanía, y en especial las clases populares, pueden desempeñar en su seno.”, Borón, Atilio A., *Capítulo VI. La razón extraviada: la crítica neoliberal y el estado en los capitalismo contemporáneos: Estado, capitalismo y democracia en América Latina*, cit., p. 148.

¹⁹² “Maybe, the current transformation of the Westphalian order toward a more complex system of global governance including private-public partnership (PPP’s) represents a “return to normal” from a historical perspective.”, Risse-Kappen, Thomas., Börstel, Tanja A., *Public-Private Partnership: Effective and Legitimate tools of International Governance?*, cit. p. 11.

han creado – para resolver los complejos problemas actuales – muchos de los cuales ellos mismos también han creado –, ‘en un redundante proceso de privatización continuada y acelerada de la gobernanza mundial’¹⁹³.

De este modo se justifica el incremento del rol de las comunidades epistémicas¹⁹⁴ y de los *think tank*, aún y a pesar, de no quedar empíricamente demostrado¹⁹⁵ que la dependencia mutua de recursos en los *private–public partnership – PPP’s* – se traduzca en un incremento de la capacidad de resolución de problemas nacionales, que en muchos casos, no son más que un disfraz contractualizado de ‘solución neoliberal’ de escasa transparencia democrática que contribuye a la desregulación legislativa y a la privatización contractual de los servicios públicos, en un ejercicio de expansión del sentido y de las funciones del contrato jurídico, como instrumento propio de un tipo de gobernanza económica denominado en la literatura como ‘*governance by contract*’ o gobernanza contractual¹⁹⁶.

Valga decir, por un verso, que en esta época de contrataciones masivas, la concepción actual económica y jurídica se aleja de la concepción moderna del contrato jurídico concebido como aquel instrumento de libertad formal que vinculaba a las partes en igualdad de condiciones, y en la cual la voluntad negociadora como causa de la relación contractual burguesa propiciaba la modernización de

¹⁹³ “La participación de los actores no estatales no sólo se ha logrado por las luchas democráticas, sino que también ha sido promovida desde arriba gracias a la privatización de la política mundial, es decir, por los sujetos establecidos del derecho internacional. Tanto a nivel nacional como global se habla de una retirada del Estado. La liberalización, la desestatización, la privatización son programas del Banco Mundial, del Fondo Monetario Internacional y de las demás instituciones que gobiernan la política mundial. Los actores privados participan en la normalización (...). A los foros de discusión privada como el foro económico mundial de Davos, Suiza, se les permite formular objetivos políticos y llevarlos a cabo de manera informal. También se confiere a las ONG trasnacionales tareas de peso desigual (...)”, Gessner Volkmar, *Comparación Jurídica y pluralismo jurídico global*, Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2002. p. 112. Disponible en, www.juridica.unam.mx.

¹⁹⁴ Haas, Peter M., *Knowledge, Power and International Policy Coordination, International Organization*. Special Issue. 1ra. ed. Vol. 46. 1992.

¹⁹⁵ Risse-Kappen, Thomas. Börsel, Tanja A., *Public-Private Partnership: Effective and Legitimate tools of International Governance?*, Prepared for the Edgar Grande / Louis W. Pauly (editors), *Complex Sovereign: On the Reconstitution of Political Authority in the 21st Century*. 2002. cit., p. 14.

¹⁹⁶ “La prima chiave compare specialmente quando si parla di governance in ambito europeo e internazionale, e fa riferimento alle modalità procedurali con cui le decisioni pubbliche vengono assunte, assicurando scarsa trasparenza democratica. La seconda chiave, che interessa la governance sia interna agli stati, sia internazionale, fa invece riferimento ai soggetti privati che partecipano ai processi di governance, e al conseguente rischio di «cattura» delle decisioni nella rete dei loro interessi particolaristici.”, Ferrarese, Maria Rosaria, *La governance tra política e diritto*, cit., p. 13.

la economía liberal ochocentescas, y la más plena y equitativa redistribución de la riqueza social. Aquella *moderna* y burguesa formulación contractual se encontraba más cercana a las exigencias de la libertad y de la auto determinación de los intereses privados, que a las exigencias normativas del Derecho imperativo capitalista. En la actualidad la relación jurídica contractual, aun siendo menos negociada y menos transparente en cuanto a la manifestación de expresión de la voluntad, ha conservado e incrementado exponencialmente la capacidad de crear efectos disciplinantes del comportamiento individual y social como consecuencia de la expansión de la naturaleza social y económica del espacio del mercado, cuyos efectos se extienden – en mayor medida que antes – más allá de las fronteras de la esfera privada de los contrayentes.

En cualquier caso, el discurso de esta tesis se afilia a la hipótesis de que detrás de la justificación de la privatización de la mayoría de las relaciones sociales, o de la masiva contractualización de los servicios públicos como cuestión de ahorro de recursos materiales y humanos, de disminución de las tasas y de los impuestos, y más allá de la cuestión de la eficiencia económica como cuestión primaria y fundamento de la administración pública que condiciona el desarrollo sostenible, se encuentra frecuentemente un enorme traspaso de recursos financieros a las arcas privadas que constituyen un agravio a las finanzas estatales y al interés público general ¹⁹⁷, que agudiza el problema en lugar de solucionarlo ¹⁹⁸. En buena medida la privatización de los recursos de los estados latinoamericanos ha engrosado los fondos públicos de los países ‘desarrollados’, en un verdadero expolio neocolonialista ¹⁹⁹.

¹⁹⁷ Ferrarese, Maria Rosaria, *La governance tra política e diritto*, cit., p. 160.

¹⁹⁸ “*L’economia capitalistica in un’epoca di globalizzazione crescente cerca nel potere politico non tanto una garanzia di funzionamento dell’impresa, ma sostegni concreti in termini di incentivi e di misure protettive: la stessa distinzione tra pubblico e privato appare sempre più fluida, e d’altra parte il grado di dipendenza dell’economia dalla politica è in costante diminuzione. D’altra parte alla richiesta di eguaglianza formale sembra ormai sostituirsi quella di eguaglianza sostanziale, oppure, tutt’al contrario, il mantenimento delle diseguaglianze costitutive di una nuova struttura di ceto.*”, Rossi, Pietro, *Fine del diritto*, cit., Premessa, p.1.

¹⁹⁹ “*La apertura comercial, que supuestamente sería correspondida por una movida equivalente practicada por los países capitalistas desarrollados, terminó siendo un gesto autista, con catastróficas consecuencias en los niveles de empleo de nuestras sociedades. Las privatizaciones consagraron el saqueo legal del patrimonio público y su traspaso a grandes monopolios –en muchos casos empresas estatales de las metrópolis imperialistas!– que de ese modo se quedaron, a precio vil, con empresas y recursos que los países habían acumulado a lo largo de varias generaciones. Por último, la desregulación financiera, exaltada por el catecismo neoliberal como segura fuente de ingreso de capitales para nuestra región, convirtió a la mayor parte de las economías de América Latina y el Caribe en sucursales de ese gigantesco casino mundial que según Susan Strange es el sistema financiero internacional.*”, Borón, Atilio A., *Estado, capitalismo y democracia en América Latina*. cit., p. 9.

Desde la óptica del liberalismo económico – liberismo – el principio de separación del Derecho y la Política se propone como un modelo para regular las relaciones entre el poder estatal y el poder económico, donde este último se considera capaz de solucionar el conflicto social recurriendo al libre mercado como mecanismo natural de recomposición de las diferencias, que se ve favorecido por medio de la expansión del contractualismo más allá de sus confines tradicionales y, en particular, en las áreas antes ocupadas por el mecanismo de la prestación pública ²⁰⁰. “*Non pare infatti contestabile la definizione di liberalismo come dottrina in cui principio di tutela dei diritti individuali si combina con la constatazione che il vivere comune necessita di norme universalizzabili, poste da un ente superiore: storicamente lo stato, considerato o meno un male necessario. Laddove il liberismo o liberalismo económico si accredita invece come teoría del ordine spontaneo – l’ordine del mercato considerato una istituzione neutrale rispetto ai fini – che pone l’accento sulla tutela dei diritti economici a detrimento di quelli umani. (...) In particolare una dottrina che ritiene storicamente superato il rulo della democrazia come il meccanismo più adatto – se non altro al momento – ad assicurare la rappresentanza política degli individui e dei gruppi*”²⁰¹.

Con el amplio proceso de globalización económica capitalista, se crean las condiciones para una mayor independencia de los mercados en relación con el control político y la regulación efectiva por parte de los Estados nacionales; y se manifiesta la exposición endémica de la actividad política bajo el influjo de la ‘razón económica’, lo cual conlleva a considerar una transformación y a definir a la política como una verdadera gestión de ‘*imprenderitorialidad política*’. La ‘nueva política’ en forma de ‘gobernanza’ asume el rol del intercambio y de las negociaciones que en su momento fueron espacios propios y reducidos de la economía. Por su parte, el ‘mercado’ asume los roles de la planificación indicativa, de la dirección descentralizada y de la capacidad de decisión y de autoregulación que en su momento fueron espacios cerrados del área política. Los gobiernos de los Estados nacionales devienen en sujetos, cada vez más, ‘*freddi e raziocinante*’ ²⁰² vinculados a la lógica económica que se comunican, cada vez más, a través del lenguaje de los intereses del mercado en detrimento de las razones públicas del ejercicio de la soberanía y del interés general. Las reglas internas de la administración del estado cambian y los propios modelos de administración pública son reinventados

²⁰⁰ Somma, Alessandro., *Introduzione crítica al Derecho europeo de los contratos*”, cit. p. 16

²⁰¹ Somma, Alessandro, *Temí e problema di diritto comparato. Diritto comunitario vs. Diritto comune europeo*, G. Giappichelli Editore – Torino, 2000, p. 9.

²⁰² Ferrarese, Maria Rosaria, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, cit., p. 52

sobre la base de los modelos empresariales en boga²⁰³. “*L’ordoliberalismo non si é limitato ad assicurare l’esplicito recupero da parte della sfera económica dei motivi organicisti che la modernità aveva formalmente confinato entro la sfera política. Il nuovo credo ha anche contribuito a individuare le finalità per cui l’ordine político era chiamato a occuparsi dell’ordine económico*²⁰⁴.”

Es en este contexto de creciente privatización y de expulsión de la actividad política estatal más allá de los *lindes* del mercado, donde se manifiesta la cuestión precaria de la justicia social y sus lamentables consecuencias, por cuanto no es posible concebir que el Derecho privado y el mercado concurrencial asuman la tarea de satisfacer las necesidades vitales de la sociedad. En términos de Mario BARCELLONA: “*Bisogna dire con chiarezza, che il diritto privato non è assolutamente in grado di adempire ad un tal compito di giustizia sociale*²⁰⁵.”

De modo que los derechos fundamentales consagrados históricamente en las Constituciones occidentales y en particular de *dopo* guerra, requieren para materializar las aspiraciones de justicia social, además de la existencia de la solidaridad vertical, la implementación y renovación de instrumentos jurídicos públicos de intervención estatal en la economía que permitan transferir suficientes recursos que garantice las condiciones de vida digna – y no precisamente un mínimo vital estandarizado – a todas aquellas personas que no pueden acceder, por un motivo u otro, a la oferta del mercado. Y esta intervención estatal y pública, no precisamente considerada en sentido productivista como medio de favorecer la demanda de nuevos servicios privados, debe ser concebida como un fin en sí misma considerando la centralidad del ser humano y la responsabilidad directa del estado para con la más plena emancipación del individuo y de la comunidad.

Evidentemente en ausencia de un ambiente propicio, la propia naturaleza indiferente de los protagonistas privados del mercado ante ingentes cuestiones materiales y sociales, justifican la mera intervención política mínima para mantener el control seguro de los confines del mercado, en un

²⁰³ “*L’affidamento di alcune funzioni pubbliche a soggetti privati attraverso vari programmi di privatizzazione e di espansione delle logiche di mercato, l’introduzione di meccanismi tipici del mercato, come la valutazione sulla base dei risultati economici, hanno smantellato e in parte privatizzato il sistema del Welfare State, dando vita a quello che tavolta è definito welfare mix o welfare pluralism. Gli stati sociali stanno vieppiù frammentandosi, e sembrano essere sprvisti di quella base filosofica cha sola potrebbe guidare la costruzione di un diritto contrattuale welfarista.*”, Wilhelmsson, Thomas, *Le diverse forme di welfarismo nel diritto europeo dei contratti*, cit., p. 271.

²⁰⁴ Somma, Alessandro, *Economia di razza. Dal fascismo alla cittadinanza europea*, cit., p. 15.

²⁰⁵ Barcellona, Mario, *Sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, en, Somma, Alessandro, *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*, G. Giappichelli Editore, Torino. 2007. p. 75.

ejercicio biopolítico de la actividad del gobierno.

En esencia y en línea con la promoción de un cambio, se trata de establecer una relación ‘dialécticamente democrática’ entre la actividad política y la actividad económica que no persigan suprimirse mutuamente, de modo que el derecho y la actividad jurídica puedan ejercer su cometido de tutelar las garantías individuales de existencia digna, del modo más acorde posible con un régimen democrático de convivencia social que se corresponda con el ejercicio armónico de todas las libertades y derechos consagrados constitucionalmente; sin el predominio de la racionalidad económica productivista que comprime, en función de la funcionalizada libertad económica del orden propietario, al resto de los derechos consagrados y libertades reconocidas constitucionalmente. El mejor criterio sigue siendo aquel, el de la justicia social directamente vinculado al principio de la solidaridad social en sus dos vertientes: La justicia conmutativa, al interno del espacio del mercado, como resultado de la justa formulación de los principios del derecho privado expresados a través de relaciones individuales asentadas sobre los fundamentos de la solidaridad horizontal; y la implementación de una justicia distributiva, que responda a criterios políticos de una convivencia social sostenible y digna, asentada sobre los fundamentos de la solidaridad vertical, ajustada a los principios de orden constitucional y el Estado de derecho. “*El diritto è chiamato a rendere giusta la convivenza sociale*²⁰⁶.”

La tendencia creciente de la contractualización privada del Estado social se inserta en la estrategia de fundamentalismo del mercado, por cuanto se vincula directamente a hacer prevalecer el mecanismo de formación de precios como mecanismo idóneo para la asignación de recursos ‘escasos’ – la transmisión de información confiable que indica con precisión el movimiento de la oferta y la demanda, y la generación de incentivos para la producción de los agentes económicos, todo como una expresión neutral – por encima de las políticas redistributivas estatales, por cuanto estas últimas serían valorizadas como elemento de distorsión del mecanismo de precios que emerge del espacio ‘libre’ del mercado²⁰⁷.

²⁰⁶ Baldassare, Pastore, *Il Manifesto sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, en, Somma, Alessandro, *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*, G. Giappichelli Editore, Torino. 2007. p. 189.

²⁰⁷ Friedman, Milton, Friedman, Rose, *Libertad de elegir: hacia un nuevo liberalismo económico*. Barcelona, Grijalbo. 1980. p. 30.

8.1 LAS SOBERANÍAS NACIONALES LATINOAMERICANAS.

Vale mencionar, en este contexto de ‘intervención cooperativa occidental’ y de gestación de un modelo de gobernanza global, la cuestión conexas de la existencia del Estado nación latinoamericano y el atributo de su soberanía estatal. La existencia del Estado nacional continúa siendo – incluso en sentido estricto en la concepción neoliberal del orden global, aunque ciertamente menos significativo que en la visión ordoliberal – un elemento axial que actúa como bisagra para la organización del sistema internacional²⁰⁸, sobre todo en lo que respecta a la garantía y a la seguridad de realización de los flujos financieros y los procesos económicos transnacionales – “*Yet, even most private regimes in international trade and financial markets seem require the shadow of hierarchy*” –²⁰⁹, en un ambiente pacificado que facilite la operatividad del mercado mundial, y la consecuente adaptación de las estructuras sociales internas – económicas, políticas y civiles – a la realidad globalizada.

En otro sentido, el atributo de la ‘soberanía estatal’ continúa siendo importante para la retórica política del mito de la idea moderna *westfaliana* de la soberanía nacional, concebida clásicamente siempre en términos de territorio²¹⁰, sea este real o imaginario. Empero, en la práctica, este mito cede constantemente ante la idea postmoderna de la desterritorialización y la sucursalización de los mercados industriales, del incremento estelar de los flujos financieros de capitales especulativos, de la ausencia de una eficaz regulación y de un efectivo control sobre las sedes virtuales de las grandes empresas transnacionales, y bajo el influjo de la difusión física del biopoder²¹¹ promovida por la

²⁰⁸ “*Second, we argue that conceptualizing the issue as “private actor on the rise” and as “the demise of the nation-state” is empirically questionable.*”, Risse-Kappen, Thomas, Börsel, Tanja A., *Public-Private Partnership: Effective and Legitimate tools of International Governance?*, cit. p. 2.

²⁰⁹ Risse-Kappen, Thomas. Börsel, Tanja A., *Public-Private Partnership: Effective and Legitimate tools of International Governance?*, Prepared for the Edgar Grande / Louis W. Pauly (editors), *Complex Sovereign: On the Reconstitution of Political Authority in the 21st Century*. 2002. p. 10.

²¹⁰ “*Mentre la ragion di stato controlla l’apparato della forza, legata al territorio, la ratio economica è invece esclusa da questo controllo, ma altresì dai limiti che quella dimensione territoriale comporta. Lo stato nasce come controllo di un territorio su cui installa la propria impresa monopolistica dell’uso legittimo della violenza. Le imprese capitalistiche non hanno un rapporto altrettanto stringente con il territorio, al contrario, hanno una capacità globalizzante: pur insistendo sul territorio statale, possono pensare a diverse collocazioni territoriali poiché il mercato, per propria vocazione y senza confini, anzi vive proprio in un continuo tentativo di superamento di confini. (...) La globalizzazione in atto è proprio l’esito di questa rivincita dei mercati verso gli stati.*”, Ferrarese, Maria Rosaria, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, cit., p. 25.

²¹¹ “*El espacio público ha sido privatizado de tal manera que ya no es posible comprender la organización social a partir de la dialéctica espacios privados – espacios públicos, o adentro–afuera. El lugar de la actividad política liberal moderna ha desaparecido, y así, desde ese punto de vista, nuestra sociedad imperial postmoderna se caracteriza por un*

desnacionalización del Derecho internacional y del resto de las relaciones mercantiles internacionales. Todo lo cual contribuye a una recreación de contextos jurídicos propios de una ‘neo premodernidad’ que hacen imposible recuperar el sentido clásico y tradicional del término ‘soberanía’ por la pérdida de las capacidades resolutorias de los estados nacionales. Lo cual por una ‘falsa paradoja’, también viene de la mano del proceso de globalización, que en un constante proceso de ‘destrucción creativa’²¹² e innovación del capitalismo, conlleva a la pérdida de la ‘soberanía material’ como pérdida de la capacidad autónoma de los estados modernos para formular y alcanzar individualmente sus propios objetivos – internamente y externamente –²¹³.

El profesor MONATERI realiza un recorrido interesante, partiendo desde la comparación de las dos familias jurídicas del Derecho occidental – considera que Estados Unidos y el Reino Unido privilegian la innovación al interno de la sociedad, mientras que la zona continental europea privilegia la mayor estabilidad social – le permite llegar a la cuestión de que las instituciones transnacionales, carentes de una legitimidad democrática directa – Organización Mundial del Comercio, Fondo Monetario Internacional, Banco Mundial –, reciben su mandato por la delegación de los circuitos políticos de los estados nacionales. Y menciona que la cuestión esencial en la definición del orden global – y en consecuencia del Derecho global – no debe buscarse solamente en la falta de legitimidad democrática de las instituciones supranacionales, sino que la cuestión estriba en que el proceso de privatización impulsado y gestionado desde el vértice mundial a través de la gobernanza económica, ataca directamente al circuito democrático de los Estados nacionales para inhibirles en la capacidad del gasto público – fundamentalmente en los sectores de la salud, la educación, las infraestructuras, el transporte, la asistencia social, etc. –; de modo que las soberanías nacionales y el ejercicio democrático de los gobiernos no estén en condiciones legitimadas para implementar la edificación de políticas

déficit de lo político. El lugar de la política ha sido desrealizado.”, Hardt, Michael, *La sociedad Mundial de Control*, 2008. cit. p.2.

²¹² Schumpeter Joseph Alois, *Capitalismo, socialismo y democracia*. Editorial Claridad. 1942. pp. 311 – 327.

²¹³ “Soberanía es la pretensión que una determinada organización política reivindica de tener, en el propio territorio, la supremacía en relación a cualquier otra autoridad, interna o externa, es la pretensión de imponer la propia autoridad de per sé, y no derivándola de alguna otra (originalidad), es la pretensión de concentrar en el Estado el poder de dictar reglas obligatorias para la colectividad, excluyendo a cualquier otra autoridad no expresamente reconocida (principio de exclusividad), es la pretensión del Estado de concentrar el monopolio de la violencia, del poder coercitivo, a través de cual hace efectivo el respeto de las propias reglas imponiéndolas a todo el que se encuentre en su territorio (principio de efectividad)”, Bin, Roberto, *Lo Stato di diritto. Come impone regole al potere*, Il Mulino, 2004, p. 11

socialistas, y/o opciones sociales alternativas al sistema *quo imperante* ²¹⁴.

De modo que el camino más corto hacia la privatización del espacio público, pasa por la precarización de las soberanías nacionales y el debilitamiento del circuito democrático local, lo cual es consecuencia directa de la aplicación de las técnicas del *soft law* ²¹⁵ en el marco del régimen de la gobernanza económica global. Condiciones idóneas para que los grupos de presión, más fuertes económicamente y mejor organizados, pasen a la ofensiva y establezcan jurídicamente las reformas políticas y económicas estatales que legitimen el funcionamiento social a partir de criterios ‘neutros del mercado y de respeto al Estado de derecho’²¹⁶, en tanto y en cuanto, el circuito de la política previamente haya demostrado ser incompetente para asumir la administración y la gestión de las necesidades sociales. Se construye la crisis, para ‘sugerir’ la privatización como la única solución – que históricamente en América Latina ha tenido un curso de solución antidemocrático y de despotismo político, a través de un tipo de estado autoritario y militarizado que ha desmantelado las instancias institucionales de la democracia occidental²¹⁷.

²¹⁴ Monateri, Pier Giuseppe, *Globalizzazione e diritto europeo dei contratti*, cit., pp. 185 – 186.

²¹⁵ “*El soft law es una fuente no vinculante según los cánones tradicionales, pero se trata, de todas maneras, de una fuente jurídicamente relevante, que es parte de un complejo y variado sistema flexible de reglas dotadas de variada intensidad prescriptiva, cuya normatividad es graduada o relativizada. Un sistema que, como la gobernanza, se puede describir como un red, que evidentemente tiene nudos fuertes, pero que se enriquece, cada vez más, con elementos blandos, funcionales para permitir el allanamiento en el territorio alguna vez regido por la soberanía nacional.*” Monateri, Pier Giuseppe, Somma, Alessandro, *Il modello di civil law*, tercera ed., Giappichelli, Turín, 2009, p. 194.

²¹⁶ “*El derecho es parte de la vida compartida, responde a la estructura “dialogal” del ser humano. Se nutre de su visión del mundo y es producto de ella. Pero también actúa como un condicionante de la realidad y es capaz de influir en ella y cambiarla, sobre todo cuando no es capaz de ofrecer soluciones justas. En esa medida, no es admisible un derecho neutro, exento de matices y de valores.*”, Fernández Sessarego, *Derecho y persona. Introducción a la teoría del derecho*, cit. p. 32

²¹⁷ “*Una de las cuestiones que más ha preocupado a quienes se interesan por la situación de América Latina en los inicios de los años setenta ha sido la extrema fragilidad de sus instituciones democráticas. En efecto, éstas han evidenciado una incurable debilidad, inclusive en países como Chile y Uruguay, que hasta hace poco tiempo constituían las instancias más socorridas cuando se pretendía ejemplificar la posibilidad del funcionamiento de la democracia burguesa en el capitalismo periférico. Desde un ángulo teórico el asunto podría ser planteado así: desde mediados de la década del sesenta se ha comprobado que en un número significativo de países latinoamericanos la continuación del desarrollo capitalista ha requerido el desmantelamiento sistemático de las instituciones, prácticas y valores tradicionalmente asociados con la democracia burguesa. Nos enfrentamos pues ante una aparente paradoja, que ha sembrado no poco desconcierto: los avances del capitalismo parecen reposar sobre las consistentes violaciones de la institucionalidad e ideología políticas que aquél reclama como el producto más genuino de su “espíritu”. Se comprueba con estupor que el liberalismo económico requiere y genera despotismo político, derrumbándose así las expectativas optimistas de la*

Esta lógica descrita por el profesor MONATERI – en cuanto a que un itinerario de reducción del gasto público conlleva a un debilitamiento del circuito político, y con ello a una precarización del mecanismo democrático, y por ende a un debilitamiento de la capacidad de acción de los gobiernos en cuanto a la implementación de políticas públicas y el ejercicio de la más plena soberanía nacional – es compatible con la visión del profesor SOMMA en cuanto a que el *affossamento* de los mecanismos solidarios, al interno del funcionamiento de la sociedad, son consecuencia directa de un fundamentalismo del mercado que determina un tipo de orden racional indisponible por parte de la representación política, de modo que concluye considerando que cualquier redimensionamiento de la lógica económica de redistribución de la riqueza social, propia de un Estado social, terminará redimensionando también el mecanismo democrático y con ello reforzando hacia el *fallimento* al Estado de derecho: “*Altrimenti detto lo stato di diritto diviene naturalmente stato sociale e solidale ed il ridimensionamento del secondo non può che passare per un ridimensionamento del primo*”²¹⁸.

Lo anterior aseveración no debe causar estupor alguno por cuanto, desde el año 1942, SCHUMPETER había definido la democracia cómo: “*La democracia es un método político, es decir, un cierto tipo de arreglo institucional para llegar a decisiones políticas (legislativas y administrativas) y por lo tanto incapaz de ser un fin en sí mismo, independientemente de cuáles sean las decisiones que ella producirá bajo ciertas condiciones históricas. Esto debe ser precisamente el punto de partida para cualquier intento de definirla*”²¹⁹.

8.2 (...) Y LA GESTIÓN DE LAS CRISIS.

Esta mutación – reformulación del Estado nacional, en particular los ‘estados fallidos’ latinoamericanos –, se corresponde directamente con ‘la acción occidental enmarcada en la gestión de

década de los cincuenta y comienzos de los sesenta que suponían –¡en un verdadero alarde de "mecanicismo economicista" que muchos consideran patrimonio exclusivo del marxismo dogmático!– que el desarrollo capitalista lograría finalmente extirpar las plagas crónicas de nuestra vida política, atribuidas precisamente a la debilidad del capitalismo latinoamericano, y afianzar definitivamente la democracia burguesa.”, Borón, Atilio A., *Capítulo II. Entre Hobbes y Friedman: liberalismo económico y despotismo burgués en América Latina: Estado, capitalismo y democracia en América Latina.* cit., p. 59.

²¹⁸ Somma, Alessandro, *Scienza giuridica, economia e politica nel diritto privato comunitario*, cit., p. 229.

²¹⁹ Shumpeter, Joseph Alois, *Capitalismo, socialismo y democracia.* cit., p. 242.

la gobernanza global cooperativa²²⁰. La existencia de problemas globales a los que los Estados nacionales no pueden hacer frente de un modo autónomo, y la constatación de que los estados se encuentran implicados crecientemente en redes cooperativas transnacionales, son dos circunstancias fundamentales que rigen la actual sociedad internacional²²¹. De algún modo, destruir las capacidades propias de respuesta de los estados nacionales soberanos, o en su caso, dimensionar hacia la maximización las dificultades sociales y sus soluciones estatales para que solamente puedan ser alcanzadas a nivel global, es seguramente un mecanismo para forzar la dependencia y la cooperación de los estados nacionales, y someter la autonomía del resto de los actores operativos locales. Es implementar la estrategia de la necesidad para forzarlos a cooperar y por ende hacerlos aceptar la ayuda transnacional de cooperación que en muchas ocasiones enmascara nuevas formas más acusadas de intervención *post neo* coloniales. Se construye así, social y coercitivamente la sociedad global, fabricando la crisis y forzando *la strada* hacia la necesidad de la cooperación entre estados desiguales y transnacionales²²².

*‘Las crisis globales no preocupan tan sólo a causa de sus amplios efectos dañinos sobre los seres humanos, pobreza y desempleo, polución y sequía, desposesión y genocidio. Ellas son también importantes porque a través de las mismas podemos también identificar crecientemente una sociedad global así como el desarrollo de sus instituciones. Mediante la comprensión de las crisis podemos empezar a intuir las formas en las que la sociedad global se está consolidando y los procesos que la transforman en el presente período histórico’*²²³.

La actividad de la Konrad Adenauer *Stiftung* se inserta en la (re)construcción social del orden internacional, que debe evolucionar progresivamente hacia una gobernabilidad global –“*governance without government*”²²⁴ – asentada sobre la cooperación ordoliberal, funcional de la integración de

²²⁰Teijo G. C., *Redes Transnacionales de participación ciudadana y ONG: Alcance y sentido de la sociedad civil internacional*, en *Las ONG y la política*, Ciencia Política, Istmo, 2002. p. 190.

²²¹“We suggest that (...) in fact, decreasing state autonomy resulting from international PPP’s might be the price to be paid for an increase in problem – solving capacity and legitimacy of international public policy.”, Risse T., Börsel, T., *Public-Private Partnership: Effective and Legitimate tools of International Governance?*, cit. p. 13.

²²²“In an era of global crisis, national problems can be solved only by transnational–national cooperation and state networks.” Beck Ulrich, *The analysis of Global inequality: From national to cosmopolitan perspective*, p.45.

²²³ Shaw, M., *Global Society and international Relations*, Cambridge, Polity Press, 1994. p. 4.

²²⁴Czempiel, E., Rosenau, J., *Governance without Government: Order and Change in World Politics*. Cambridge, Cambridge University Press. 1992.

todos los actores nacionales presentes en la sociedad internacional, y orientada hacia ‘la gestión cooperativa de los problemas globales’²²⁵.

8.3 EL FUNDAMENTALISMO DEL MERCADO.

Básicamente, los proveedores intelectuales de ideología – *think thank* – a través de un impresionante despliegue de medios materiales²²⁶, han logrado que sus ideas lleguen a ser consideradas como un acervo de ‘sentido común’ de nuestra época²²⁷. Siguiendo a Antonio GRAMSCI y su concepto de hegemonía cultural como elemento clave para la dominación, permite emprender lo que GRAMSCI consideraba ‘la larga marcha a través de las instituciones’ para poner en evidencia la ‘invisibilidad del verdadero poder político’ y el celo mesiánico del fundamentalismo del mercado, que se concentran en difundir cuestiones como las siguientes:

1–El sector privado siempre supera al sector público en cuanto a costes, eficiencia, calidad y precios para el consumidor.

2–El mercado, al reunir todas las decisiones individuales, es omnisciente y en consecuencia, realiza juicios atinados, alcanza conclusiones correctas y valora los bienes y servicios de manera imparcial.

3–Para alcanzar el equilibrio óptimo, y tomar las decisiones óptimas, los mercados han de estar autorregulados y no regulados por un organismo externo.

²²⁵ “Com’è potuto accadere tutto questo? Per un verso, la governance appare come il compimento di una destrutturazione delle categorie giuridiche moderne, specialmente di quelle europee, resa possibile da decenni di propaganda neoliberal promossa dal Washington Consensus, e in parte accolta anche dall’Europa unita (...) La governance non è solo una presenza aliena piombata nelle nostre democrazie per un complotto liberista. Essa riflette anche oggettive difficoltà di funzionamento del disegno democratico, così come era stato concepito in época iluminista, di fronte alle sfide del pluralismo, della complessità e nell nuovo contesto creato dai processi di internazionalizzazione.”, Ferrarese, Maria Rosaria, *La governance tra política e diritto*, cit., p. 10.

²²⁶ George, Susan, *El pensamiento secuestrado. Cómo la derecha laica y la religiosa se han apoderado de Estados Unidos, Icaria, 2009*.

²²⁷ “La propaganda neoliberal ha cosechado un gran éxito al hacer que la esfera pública sea percibida como un ámbito en donde prevalecen la corrupción, la venalidad, la irresponsabilidad y la demagogia. Un lugar, en síntesis, en el que ninguna persona honesta debería preocuparse por estar. Este proceso contrasta vivamente con la simétrica exaltación de las virtudes del mercado y, posteriormente, de la “sociedad civil”, concebida ésta sin ninguna de las diferenciaciones clasistas, sexistas y racistas que la marcan indeleblemente en los capitalismo contemporáneos.”, Borón, Atilio A., *Estado, capitalismo y democracia en América Latina*. cit., p. 19.

4–Los ricos son ricos porque son más listos, más trabajadores y más emprendedores. Son creadores de riquezas y proveedores de empleos, por lo que sus negocios deberían estar gravados mínimamente, o no gravados en absoluto.

5–Desde el punto de vista filosófico, el individuo es soberano en el espacio del mercado y tiene la más plena condición de ‘consumidor’, antes de ser considerado ‘ciudadano’.

Lógicamente, y siempre en la lógica del discurso ordoliberal, la jurisdicción y la aplicación del Derecho debe favorecer – fiscalmente, laboralmente, ecológicamente – la apertura de las fronteras nacionales para el ingreso de las inversiones y las salida de los beneficios con el menor número de obstáculos posibles, lo cual incluye el ‘derecho’ financiero de especular contra las monedas débiles²²⁸. Todo en línea con las prácticas del *soft law* y con el proceso de privatización contractual de la producción normativa del derecho, a partir de la influencia política de sujetos económicamente relevantes que ejercitan su poder *legibus solutus* e imponen reglas diseñadas por fuera del mecanismo clásicamente democrático²²⁹.

En todo caso, el pensamiento ordoliberal persigue constreñir la casi totalidad de la actividad económica de la sociedad al interno del espacio del mercado; y por demás, constitucionalizando sus principios custodiándolo desde el vértice del ordenamiento jurídico. Y es así desde la aplicación inicial de la economía social de mercado, cuando Ludwig ERHARD reconoció que en la economía social de mercado la cuestión principal es la competencia libre, por ello, la primera obligación del Estado debe ser la protección de la competencia²³⁰, y de ahí, la intención de ‘constitucionalizar las relaciones contractuales que conforman el mercado como expresión de sociedad democrática – la indisolubilidad de la libertad económica y el proceso político democrático –, y por ello el fundamentalismo en la defensa del Estado de derecho y la *extremis* funcionalización del Estado social a través de un incisivo mecanismo estatal. En palabras de Peter HÄBERLE: “*Para convertir al mercado y la economía en sinónimos se necesitan condiciones marco vigorosas y funcionales (mejor dicho: condiciones constitutivas), controles jurídicos e intervenciones propias del Estado social, por ejemplo, la protección de los débiles. El logro del Estado constitucional radica precisamente ahí, en haber*

²²⁸ George, Susan, *Sus crisis, nuestras soluciones*, cit. p. 35.

²²⁹ Rodotà, Stefano, *Il codice civile e il processo costituente europeo*, en, Somma Alessandro, *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*, G. Giappichelli Editore, Torino. 2007. p. 199.

²³⁰ Erhard, Ludwig, *La economía social de mercado*, Ediciones Omega, Barcelona. 1964, pp. 378 y ss.

*desarrollado en concordancia práctica, pieza a pieza, la economía de mercado y el Estado social de derecho. La sociedad abierta tiene su complemento en el mercado abierto y libre, así como en las correlativas funciones estatales. La economía social de mercado se ha convertido en un principio constitucionalmente inmanente del tipo Estado constitucional*²³¹.”

En este punto del discurso vale retomar los términos del profesor Pietro COSTA en cuanto a su definición de ‘*cittadinanza*’ y ‘*cittadinanza sociale*’²³² – la primera como consideración del estatuto de igualdad político–jurídico; la segunda como alusión a la emancipación, a través de la participación de los ciudadanos en el patrimonio económico y cultural de la comunidad de la que forman parte – para reformular la siguiente pregunta: ¿Por qué vías, con cuáles contenidos y con cuáles efectos, la ‘*cittadinanza sociale*’ entra a formar parte del equipamiento teórico y práctico de la economía social de mercado como tecnología de gestión de la sociedad?

8.4 EL ESTADO SOCIAL GESTIONADO POR EL PRINCIPIO DE LA SUBSIDIARIEDAD CATÓLICA.

Las anteriores consideraciones ideológicas ordoliberales de Peter Häberle, asumidas e impuestas masivamente al ‘Tercer mundo’ como cuestiones de ‘sentido común’, han contribuido a la privatización del Estado de Bienestar occidental y al triunfo del ‘capital’ que ha acelerado la globalización del deseo de obtener el máximo beneficio a todo costa y a todo coste, lo cual ha favorecido la inversión extranjera y la penetración en aquellos países en los cuales la relación entre la productividad del trabajo y los bajos salarios de los operarios estaban acordes con el beneficio de los intereses privados transnacionales. En este sentido, la acción ideológica ordoliberal que emana del partido político alemán Unión Demócrata Cristiana – actualmente en ejercicio del gobierno de la República Federal Alemana – responsable con la reinvenición constante y la actualización sostenida de la fórmula economía social de mercado, no deja lugar a dudas en cuanto a su vocación de privatización del Estado social²³³.

²³¹ Häberle, Peter, *Siete tesis para una teoría constitucional del Mercado*, cit., p. 8.

²³² Costa Pietro, *Cittadinanza sociale e diritto del lavoro nell’Italia repubblicana*, en, *Per la storia del pensiero giuridico moderno. Diritti e lavoro nell’Italia repubblicana*, elaborado por Gian Guido Balandi e Giovanni Cazzetta. Giuffrè editore, Milano. 2009. p. 24.

²³³ “*Tenemos que posibilitar más libertad y más competencia. Eso significa sobre todo, abrir mercados y mantenerlos abiertos, impedir la competencia desleal y oponernos a la concentración de poder económico que pone en peligro la competencia. Queremos limitar y reducir los subsidios del Estado y seguir privatizando empresas económicas con*

“L’ economia globale viene vista come l’ esito estremo del radicamento di una ratio strumentale che porta il sistema delle imprese a candidarsi ‘ come l’ unico soggetto capace di rispondere a tutti i problemi della società, ai problemi dell’ ambiente, come quelli dell’ informazione, ai problemi della scuola, come quelli della salute²³⁴. ”

“Occorreva poi creare le condizioni per lo sviluppo del libero mercato, in particolare assicurando il reperimento di materie prime e l’ esportazione dei merci attraverso politiche coloniali. Si doveva inoltre sostenere l’ offerta di manodopera a buon mercato e pacificare i rapporti tra capitale e lavoro: finalità perseguite con politiche concernenti il miglioramento quantitativo e qualitativo della razza, comprendenti tra l’ altro lo sviluppo di un Stato sociale. In tal senso, l’ ordoliberalismo è stato anche un strumento di eugenetica economica, che attiene alla sopravvivenza storica del meccanismo di mercato e non certo al’ emancipazione individuale²³⁵. ”

Se retoma la cuestión del ‘Estado social’ con palabras del profesor SOMMA el cual realiza una descripción de la funcionalización que se practica desde el pensamiento ordoliberal, para concebir las medidas de eugenética económica como manifestaciones de un biopoder practicadas desde un ‘estado social’, orientadas al fin último de la pacificación social y al equilibrio del sistema, orgánicamente concebido, capaz de reproducir y de estabilizar las condiciones de su funcionamiento: *“Così occorre intendere, tra le misure di eugenetica economica, la nascita dello Stato sociale, tipica espressione del biopotere disposto ad assistere, ma non anche a riconoscere posizioni azionabili. Come é noto, lo Stato sociale ha preso forma in contesti non caratterizzati dalla diffusione del meccanismo democratico, entro cui esso fu concepito come ‘strumento di risoluzione delle crisi sociali’. A dimostrazione che nelle società fondate sui mercati concorrenziali ‘la politica sociale non ha la funzione di essere una sorta di meccanismo compensatorio, destinato ad assorbire o annullare gli effetti distruttori che la libertà economica potrebbe avere sulla società’. Giacchè, se ‘c’è un interventismo sociale permanente e multiforme, esso non viene messo in ato contro l’ economia di*

participación del Estado. También a escala municipal aplica: el sector público solamente debe entrar en acción cuando un servicio no lo puede proporcionar igualmente bien o mejor el sector privado.”, El programa de bases programáticas, aprobado por la Convención nacional de la Unión Demócrata Cristiana de Alemania (CDU), en Hannover, 3-4 de diciembre de 2007. cit., p.36.

²³⁴ Barcellona, Pietro, *Lo spazio della politica. Tecnica e democrazia*. Editori Riuniti, 1993. p. 11.

²³⁵ Somma, Alessandro, *Economia di razza. Dal fascismo alla cittadinanza europea*, cit., p. 15.

*mercato o in alternativa ad essa, ma al contrario a titolo di condizione di possibilità storica e sociale per un'economia di mercato*²³⁶.”

Básicamente, según la tradición liberal constitucional, la tensión existente entre el principio del ‘Estado social’ y el principio del ‘Estado de derecho’ se resuelve a favor del segundo principio, tal como lo acreditó en su momento la sentencia del Tribunal constitucional alemán²³⁷. Entre los dos polos de la tensión se encuentran funcionalizados – y actuando como ejes bisagras – la consideración de qué se entiende por democracia, y qué se entiende por representación política, de modo que la búsqueda de un ‘orden social justo’ no se traduce en un mandato vinculante para la actuación del gobierno y deja en el plano de la interpretación del Tribunal Constitucional el determinar cuándo la materialización de los derechos sociales vulneran la dogmática positiva de los derechos fundamentales individuales, como límite del arbitrio legislativo de reglamentar.

Es evidente que en la visión occidental liberista, la necesidad de alcanzar la ‘pacificación social’ está indisolublemente vinculada a la existencia de un ‘*ordine proprietario*’ regido por el principio de la competencia económica como baluarte esencial de la propia existencia de la sociedad humana capitalista. Para el pensamiento liberal clásico, con fuerte impronta del Derecho natural cristiano, no es la economía la que descansa sobre las bases de la sociedad humana, sino que es la misma sociedad humana la que tiene sus bases asentadas sobre las relaciones económicas de mercado. Para el pensamiento ordoliberal la exaltación del mecanismo de la competencia responde a la certeza de ser este el mecanismo idóneo para garantizar la mejor distribución de la riqueza y por ende, de lo que

²³⁶ *Ibidem*, p. 116.

²³⁷ “Al principio del Estado social se le puede atribuir significado para la interpretación de los derechos fundamentales, así como para la interpretación y valoración constitucional –con sujeción a la reserva de ley– de leyes que limitan los derechos fundamentales. Sin embargo, este principio no es adecuado para limitar los derechos fundamentales sin una concreción posterior, esto es, directamente. El principio de Estado social fundamenta el deber del Estado de garantizar la existencia de un orden social justo (véase por ejemplo, BVerfGE 5, 85 [198], 22, 180 [204], 27, 253 [283], 35, 202 [235 y ss.]), para el cumplimiento de ese deber se le atribuye al legislador un amplio poder de reglamentación (BVerfGE 18, 257 [273], 29, 221 [235]). El principio del Estado social le impone al Estado una función, pero no establece cómo debe cumplir esa función, de otro modo, tal principio podría entrar en conflicto con el principio de democracia. El orden democrático de la Ley Fundamental se estaría limitando y recortando en forma decisiva, entendido como el ordenamiento de un proceso político libre, si a la formación de la voluntad política se le impusiera cumplir una obligación constitucional de una determinada manera, sin que pudiera ser de otro modo. Debido a esa flexibilidad el principio del Estado social no puede imponerle a los derechos fundamentales ningún límite directo.”, Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe. Sentencia BVerfGE 59, 231 [Libre colaboración]. cit., p. 473

entienden por justicia social²³⁸. Por demás, la realización efectiva de los derechos sociales – propia de la formalización de los derechos de segunda generación del constitucionalismo de *dopo guerra* – están siempre sometidos a la existencia progresiva futurista y a la disponibilidad presupuestaria²³⁹, siempre y cuando no atenten contra la garantía de la protección de la propiedad privada. Todo ello encuentra sus verdaderas raíces a partir de la respuesta ordoliberal del Tribunal Constitucional federal alemán a la pregunta de ¿Cómo se concreta la existencia de un Estado social?²⁴⁰.

En sede de debate sobre la cuestión de vigencia y conservación de los residuos del ‘Estado social’, el discurso de esta tesis de investigación no se extenderá. Solo se hará énfasis sobre la cuestión del principio normativo de la subsidiariedad, tan caro y cercano al pensamiento católico y por ende, al pensamiento ordoliberal que informa la fórmula de la economía social de mercado. El principio constitucional de la subsidiariedad se ha convertido en un verdadero referente para el funcionamiento contemporáneo del Estado constitucional de derecho²⁴¹, así es desde que la Ley de Bonn y el Tratado de Maastricht les dieran entrada en el año 1992. En su carácter receptor de doctrinas y corrientes de pensamientos de origen europeo, la vigente Constitución peruana con marcado acento ordoliberal, le dio entrada, en su artículo 60, a la subsidiariedad del estado en la esfera de la actividad económica.

²³⁸ “*La socialità è infatti intesa come invito alla pacificazione sociale e come riconduzione all’ordine proprietario: come presidio di una comunità ritenuta sotto la minaccia costante di tensioni e conflitti, e come esaltazione del meccanismo concorrenziale quale migliore strumento di redistribuzione della ricchezza e dunque veicolo di giustizia sociale.*”, Somma, Alessandro, *Democrazia economica e Diritto privato. Contributo alla riflessione sui beni comuni*, cit., p. 8.

²³⁹ “*Parecería ser que los derechos económicos y sociales, en la medida en que irrogan prestaciones u obligaciones de otorgar, pueden tener un despliegue progresivo, futurizo o programático, el cual no implica una exigibilidad jurídica actual y concreta. (...) Los derechos civiles y políticos son visualizados como consustanciales al sistema democrático, integrantes del ‘núcleo duro’ de la declaración de derechos, imposibles de ser cortados sin negar la democracia en su conjunto. Por el contrario, lamentablemente aún en el siglo XXI los derechos económico sociales son entendidos como aspiraciones o metas a lograr, sujetos a disponibilidad presupuestaria.*”, Carnota, Walter, F., *Globalización y derechos fundamentales*, pp. 305 y 306. Disponible en, <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1510/12.pdf>

²⁴⁰ *El principio del Estado social atribuye al legislador un deber de reglamentar (véase BVerfGE 50, 57 [108]). Éste le obliga a procurar un equilibrio de las contradicciones sociales (véase BVerfGE 22, 180 [204]). Adicionalmente ordena otorgar ayudas estatales para individuos o grupos que, debido a sus condiciones de vida o a dificultades sociales, se encuentran impedidos para desarrollarse social o personalmente (véase BVerfGE 45, 376 [387]). Cómo cumple el legislador ese mandato, es asunto suyo, dada la falta de concreción del principio del Estado social (véase BVerfGE 1, 97 [105], jurisprudencia reiterada).*”, Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe. Sentencia BVerfGE 59, 231 [Libre colaboración]. cit., p. 475.

²⁴¹ Moscarini, Anna, *Competenza e sussarietà nel sistema delle fonti*, CEDAM, Padova, 2003. pp. 15 – 35.

Cuestión esta que se verá en la Tercera parte de la tesis.

A los efectos de esta tesis y en sede del Estado social, solo interesa realizar una pequeña digresión sobre la cuestión del principio de la subsidiariedad vinculado al pensamiento social de la Iglesia, y en particular realizar una pequeña reflexión sobre las encíclicas papales y los contextos históricos en los que se produjeron. La Carta encíclica *Rerum novarum*, del papa León XIII (1878-1903), es la primera encíclica en materia social y económica de la Iglesia Católica, y fue promulgada el 15 de mayo de 1891 para abordar las precarias condiciones de vida de las clases trabajadoras que amenazaban con agudizar, aun más, el conflicto entre el capital y el trabajo. La *Rerum novarum* se considera la carta de fundación de la democracia cristiana, y en ella se abordó de manera integral la cuestión de indigencia que afectaba a la mayoría de la clase obrera, las consecuencias nefastas de la Revolución industrial y el papel pasivo de las democracias modernas bajo un modelo de Estado liberal, mínimo y abstencionista. En franca oposición al marxismo y al capitalismo desmedido – se enumeran en la encíclica los principios generales de una *terza via* como críticas tanto al socialismo como al liberalismo, críticas que luego fueron retomadas por el corporativismo continental en un proceso de degradación de la ‘*dottrina sociale*’ – la Iglesia manifestó la necesidad de intervención del Estado para adoptar medidas en favor de los obreros, entre otras, establecer normas de higiene y seguridad en el trabajo, la tutela del descanso dominical, la limitación de horarios y jornadas laborales, en particular para las mujeres y los menores de edad. En esta encíclica, sin mencionarlo explícitamente²⁴², se encuentran los fundamentos de la subsidiariedad del estado, necesarios para superar la crisis – económica, social y de fe – que afectaba tanto al capitalismo europeo como a la Iglesia católica en particular.

Un segundo momento del pensamiento cristiano, que informa la corriente del pensamiento ordoliberal, puede encontrarse en la encíclica *Quadragesimo Anno* (1931) de Pío XI²⁴³. Cuarenta años después, en pleno ascenso del nazismo alemán, del fascismo italiano y del bolcheviquismo soviético, se hacía urgente actualizar la doctrina cristiana y abordar el nuevo contexto de crisis del liberalismo occidental, amenazado por las tendencias colectivistas. “*Socialismo religioso e socialismo cristiano sono dunque termini contraddittori: nessuno può essere buon cattolico ad un tempo e vero socialista.*” De este modo, entre los remedios enunciados, la encíclica menciona en primer lugar la necesidad de

²⁴² Donati P., Colozzi I., *La sussidiarietà: che cos'è e come funziona*, Carocci, Roma, 2005. pp. 18 e ss.

²⁴³ Lettera enciclica quadragesimo anno del sommo pontefice Pio XI ai venerabili fratelli patriarchi, primati, arcivescovi, vescovi agli altri ordinari locali che hanno pace e comunione con la sede apostolica, sulla ricostruzione dell'ordine sociale nel 40° anniversario della *Rerum Novarum*. 1931.

‘cristianizar la economía’, y en un segundo momento, la necesidad de retomar la idea de la ley de la caridad cristiana – “*è necessario che si aggiunga alla legge della giustizia, la legge della carità la quale è il vincolo della perfezione*” – en el marco de la cooperación entre las clases sociales.

Un tercer momento de este discurso se debe centrar en la Carta Encíclica del Sumo Pontífice Juan Pablo II en el Centenario de la *Rerum Novarum*, del 1 de mayo de 1991. En un contexto internacional completamente diverso, post Guerra fría, el Sumo Pontífice realiza un recorrido por los últimos cien años de historia, realizando un llamado al principio de la subsidiariedad, conjugándolo con el principio de la solidaridad y conformando un binomio biopolítico de existencia mínima del siguiente modo: “*16. Para conseguir estos fines el Estado debe participar directa o indirectamente. Indirectamente y según el principio de subsidiariedad, creando las condiciones favorables al libre ejercicio de la actividad económica, encauzada hacia una oferta abundante de oportunidades de trabajo y de fuentes de riqueza. Directamente y según el principio de solidaridad, poniendo, en defensa de los más débiles, algunos límites a la autonomía de las partes que deciden las condiciones de trabajo, y asegurando en todo caso un mínimo vital al trabajador en paro 45²⁴⁴.*”

Más adelante en la encíclica de análisis, Juan Pablo II comenta los excesos ocurridos en la realización del ‘estado de bienestar’ degenerado en un ‘estado asistencialista’ y formula nuevamente el principio de subsidiariedad como dispositivo vinculado a la ‘eficiencia’ y a la eficacia económica y espiritual. Y lo hace de la siguiente manera: “*48. En los últimos años ha tenido lugar una vasta ampliación de ese tipo de intervención, que ha llegado a constituir en cierto modo un Estado de índole nueva: el «Estado del bienestar». Esta evolución se ha dado en algunos Estados para responder de manera más adecuada a muchas necesidades y carencias tratando de remediar formas de pobreza y de privación indignas de la persona humana. No obstante, no han faltado excesos y abusos que, especialmente en los años más recientes, han provocado duras críticas a ese Estado del bienestar, calificado como «Estado asistencial». Deficiencias y abusos del mismo derivan de una inadecuada comprensión de los deberes propios del Estado. En este ámbito también debe ser respetado el principio de subsidiariedad. Una estructura social de orden superior no debe interferir en la vida interna de un grupo social de orden inferior, privándola de sus competencias, sino que más bien debe sostenerla en caso de necesidad y ayudarla a coordinar su acción con la de los demás componentes sociales, con miras al*

²⁴⁴ Centesimus Annus. *Sobre la cuestión social*, Carta Encíclica del Sumo Pontífice Juan Pablo II, en el Centenario de la *Rerum Novarum*, del 1 de mayo de 1991.

bien común.

Al intervenir directamente y quitar responsabilidad a la sociedad, el Estado asistencial provoca la pérdida de energías humanas y el aumento exagerado de los aparatos públicos, dominados por lógicas burocráticas más que por la preocupación de servir a los usuarios, con enorme crecimiento de los gastos. Efectivamente, parece que conoce mejor las necesidades y logra satisfacerlas de modo más adecuado quien está próximo a ellas o quien está cerca del necesitado. Además, un cierto tipo de necesidades requiere con frecuencia una respuesta que sea no sólo material, sino que sepa descubrir su exigencia humana más profunda. Conviene pensar también en la situación de los prófugos y emigrantes, de los ancianos y enfermos, y en todos los demás casos, necesitados de asistencia, como es el de los drogadictos: personas todas ellas que pueden ser ayudadas de manera eficaz solamente por quien les ofrece, aparte de los cuidados necesarios, un apoyo sinceramente fraterno²⁴⁵.”

Las referencias papales realizadas son suficientes para alcanzar el objetivo trazado, en cuanto a manifestar la evidencia de que el principio de la subsidiariedad es central para materializar la concepción holista cristiana del funcionamiento de la sociedad contemporánea. Principio de subsidiariedad que vinculado a otros mecanismos – *governance*, *soft law*, propiedad privada, corporaciones sociales, condiciones de existencia mínima – terminan por sofocar – y por privatizar – el principio de la solidaridad social y la propia realización del Estado social.

En un momento histórico fundamental de la República Federal Alemana, la conjunción del principio de la subsidiariedad y la fórmula de la economía social de mercado, se mostraron útiles para superar un pasado imborrable: *“Fatte queste necessarie precisazioni, la situazione politica che caratterizzava lo Stato tedesco alla fine della seconda guerra mondiale era la seguente: ogni Lander era dotato di una propria Assemblea, di un proprio Governo ed, in alcuni casi, di una propria Carta Costituzionale. In tale contesto, la sussidiarietà rappresentò la confluenza in un unico principio delle due più forti tradizioni del diritto pubblico tedesco precedenti il Terzo Reich: il federalismo ed il liberalismo²⁴⁶.”*

El autor de esta tesis concluye este apartado con la siguiente consideración: Si en el año 1891 el llamado cristiano a un ‘Estado subsidiario’ se podía justificar en virtud de la existencia de un ‘estado

²⁴⁵ *Ibidem*

²⁴⁶ D'Agnoletto Gianluca, *La sussidiarietà nell'Unione Europea*, CEDAM, Padova, 1998. p. 20.

liberal mínimo y abstencionista’, indiferente a las marcadas desigualdades sociales, no se puede exponer el mismo criterio y justificar un segundo llamado, cien años después, luego de haber conocido las experiencias positivas y de haber experimentado un Estado social constitucional de derecho. En el año 1991, luego de la caída del Muro de Berlín y el paso a la unipolaridad mundial neoliberal, el llamado católico realizado por Juan Pablo II al principio de la subsidiariedad, como principio informador del funcionamiento estatal y de las relaciones humanas, representó un llamado a la privatización del Estado social y una vuelta a la referencia del ‘estado mínimo y abstencionista’ del siglo XIX.

Las reacciones jurídicas a la mutación del contexto social, no se hicieron esperar. Las constituciones germanas y peruanas, respectivamente en los años 1992 y 1993, acogieron pioneramente el principio de la subsidiariedad. Y la Constitución peruana lo hizo prácticamente vetando – en un ejercicio de recepción/canivalización ordoliberal –, la intervención directa del estado en la actividad económica: *“Artículo 60–El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa. Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.”*

Cien años después, el principio cristiano de la subsidiariedad traicionó a la clase obrera internacional, y se puso al servicio del capital transnacional. Incluso, un orden global regido por el principio de la ‘subsidiariedad vertical’ es funcional a la instrumentalización de las intervenciones de los países ‘ricos’ sobre los países ‘pobres’, y justifican la visión organicista de un ‘capitalismo ordenado’ a nivel global. La aplicación del principio de la ‘subsidiariedad horizontal’ se presenta funcional a un ‘Estado abstencionista’ que deja en las limitadas capacidades del mercado concurrente, gestionar la cuestión de la justicia social y las condiciones de existencia de una vida digna.

II PARTE – MANIFESTACIONES CONTEMPORÁNEAS DEL ORDOLIBERALISMO.

CAPÍTULO 3 – LA PRODUCCIÓN SIMBÓLICA DEL HOMO ORDOLIBERAL.

Sumario: 1– Biohegemonía y el mito ordoliberal. 2 Sobre el *homo* ordoliberal aún no formalizado. 3 Cooperación por interacción infinita en el espacio del mercado. 3.1 Entre el liberalismo clásico y el liberismo postmoderno. 3.2 La interacción infinita y la cooperación forzada. 3.3 Apuntes marxistas sobre la cooperación ordoliberal. 4 El contrato y la contractualización de las relaciones sociales. 5 La autogestión individual entre la cooperación y la solidaridad. 5.1 El comportamiento humano ‘descendiente’.

CAPÍTULO 3 – LA PRODUCCIÓN SIMBÓLICA DEL HOMO ORDOLIBERAL.

Se puede exponer entonces que la estrategia de conformación de ‘una constelación hegemónica de estados ordoliberales’ latinoamericana, propuesta implícitamente desde la retórica ideológica Konrad Adenauer *Stiftung*, vendría a asentarse como imaginario social que conduce a la idea de un tipo de relaciones sociales portadoras de una nueva era, con mejores perspectivas de futuro y orientada al apaciguamiento de los conflictos sociales, que pretende responder en una síntesis de simplificación, a aquel problema enunciado por Carmona MOYA¹: “*La crisis derivada de los intensos procesos de modernización en América Latina plantea un problema crucial: La complejidad del problema cultural ante la globalización de la economía radica, entre otras múltiples razones, en que tal proyecto genera en su interior la tensión entre el deseo utópico de lo universalmente válido y aquello que desde la cotidianidad de los distintos pueblos del mundo constituye el referente fundamental de su identidad.*”

La cuestión de la dominación cultural y de la hegemonía a través de la ideología en los últimos 50 años, es descrito por Susan GEORGE de la siguiente manera: “*La ‘derecha’ emprendió la transformación de la sociedad de una forma sistemática, centrándose en los centros de producción y difusión de ideas, la fabricación de imágenes persuasivas y la creación de mitos populares. Tras hacerse con los servicios de talentos políticamente fiables y comunicadores expertos, ciertas fundaciones conservadoras apoyadas en grandes fortunas financiaron la cruzada ideológica: construyeron su infraestructura institucional como la superestructura ideológica. Alimentaron think tanks, laboratorios de ideas y organizaciones especializadas a favor de sus causas conservadoras,*

¹ Carmona, S. I., *De la retórica no gubernamental sobre la cultura a la cultura no gubernamental*, en *Las ONG y la política*, Ciencia Política, Istmo, 2002. p. 97.

promoviendo sus propias publicaciones, folletos informativos o revistas eruditas; inundaron los medios de comunicación y manipularon a la gente utilizando técnicas de gestión y mercadotecnia para difundir el mensaje”².

I- BIOHEGEMONÍA Y EL MITO ORDOLIBERAL

Puede exponerse, en síntesis, que la labor de la fundación Konrad Adenauer promueve explícitamente a través de la aceptación – e implícitamente cerrando el acceso a otros tipos de desarrollos políticos alternativos – ‘la construcción y la legitimación de un consenso ordoliberal latinoamericano’ que tiene mucho que ver con la cuestión del imaginario social, en tanto que universo de significaciones que constituyen una sociedad, inseparable del problema del poder y de su gestión³.

El imaginario social se impone con mayor eficacia en forma de ‘mito’, y la falacia del mito para los pueblos latinoamericanos es parecerse y acercarse a los niveles de desarrollo económico y de consumo de las sociedades opulentas del Norte, es el ‘mito’ de recrear la fantasía del ascenso social y el fetichismo del consumo liberista⁴. De este modo ‘la estrategia del mito ordoliberal global’, en el cual se inserta y se apoya ‘la táctica del mito ordoliberal latinoamericano’⁵, promueve que la asimilación y la aculturación de las sociedades tercermundistas sea un fenómeno deseado por las propias masas latinoamericanas siguiendo los patrones de vida dictados por occidente, querido por sus clases políticas dirigentes y promovidas desde las élites intelectuales locales. Y todas han de ser reabsorbidas y recolonizadas desde el consumo y por el consumo, en un proceso de ‘pseudo resocialización’ de un

² George, Susan, *Sus crisis nuestras soluciones*, cit. pp. 30–31.

³ Díez R., Á., *Las ONG como campo de relaciones sociales*, en *Las ONG y la política*, Ciencia Política, Istmo, 2002. p. 122.

⁴ “*Por el contrario, en el caso latinoamericano se trata de cooptar mediante el fetichismo consumista del mercado a un cierto sector social que es simultáneamente condenado al inmovilismo político. Por lo tanto, hay en estos regímenes una cierta base de apoyo social que sería prudente no desconocer pero que en nada se asemeja al respaldo masivo y plebiscitario suscitado por los fascismos europeos entre los sectores medios y grandes contingentes de desocupados.*”, Borón, Atilio A., *Estado, capitalismo y democracia en América Latina*. cit., p. 48.

⁵ “*Un mito che si è anche esportato con successo, dal momento che ha polarizzato le riflessioni attorno al rafforzamento dell’unità europea, concernendo fra l’altro i termini del suo allargamento a est e l’individuazione dei valori fondativi dell’identità europea, e dal momento che ha conosciuto fortune in area latino-americana, dove l’economia sociale di mercato viene espressamente menzionata nella Costituzione peruviana del 1979 (art. 115) e in quella del 1993 (art. 58)*”, Somma, Alessandro, *L’economia sociale di mercato / 1. Il fascino della terza via: Torna di moda un passato mai passato*. cit., p. 2.

mercado privatizado producido por los partidarios del (i)racionalismo económico, que omiten definir al consumidor como actor social, tanto individual como colectivo, y como sujeto portador de la transformación histórica⁶.

La dominación cultural simbólica es el complemento imprescindible para el sostenimiento de la dominación económica. La primera función del ‘mito’ no es aquella de explicar, sino de legitimar, de fundar y de consolidar una comunidad humana⁷. La lucha por el reconocimiento de la diferencia es siempre una lucha contra la desigualdad, aun cuando la dominación consiste cada vez más en la imposición de modelos culturales homogéneos. Lo que ha reproducido la desigualdad no es el reconocimiento de la diferencia, ha sido su negación. El reconocimiento de la diferencia sin concebir un sentido de igualdad, conlleva al modelo de racismo social. El reconocimiento de la igualdad sin concebir un sentido de la diferencia, implica una gestión totalitaria de la sociedad⁸.

En términos de TOURAINE – que favorece a HUNGTINTON en su confrontación con FUKUYAMA, en cuanto a la fragmentación social y el choque de las civilizaciones – la idea de un modelo social aceptado por todos (aunque no respetado), que combine la economía de mercado, la democracia representativa y la tolerancia cultural, es manifiestamente falso. Al contrario, la potencial fractura social favorece la yuxtaposición de dos discursos que convienen tanto a los conservadurismos sociales de izquierdas como de derechas, como a los *golden boys* de las finanzas. Es la yuxtaposición de los discursos sobre la mundialización económica y sobre la identidad cultural, ‘que al hacer buenas migas’⁹, coinciden sobre la marginación, e incluso, en la exclusión de las clases más desprotegidas, todo lo cual hace casi imposible la consolidación de determinados movimientos sociales capaces de ser portadores de la transformación.

El vacío político abierto entre la economía internacionalizada y las cada vez más particulares identidades culturales, puede conducir a un autoritarismo de ceño normativo que justifique la

⁶ “¿Cómo escapamos del dilema en el cual muchos individuos actuando racionalmente en su propio interés destruyen un recurso compartido limitado?... Ahora estamos confrontando la tragedia del común global. Hay una Tierra, una atmósfera y una fuente de agua, y seis mil millones de personas compartiéndolas. Malamente. Los ricos están sobreconsumiendo y los pobres no pueden esperar a unírseles.”, Barry Schwartz, *Tyranny for the Commons Man, of The National Interest*. From the July-Aug 2009. Disponible en, <http://nationalinterest.org/article/tyranny-for-the-commons-man-3153>.

⁷ Carbonnier, Jean, *Flessibile Diritto. Giuristi stranieri di oggi*, cit. p. 97.

⁸ Touraine, Alain, Khosrokhavar, Farhad, *A la búsqueda de sí mismo. Diálogo sobre el sujeto*, cit. pp. 221-222.

⁹ Touraine, Alain, *¿Cómo salir del liberalismo?*, cit., p. 26.

disociación entre la economía y la cultura. La idea fundacional de la construcción del mito de la globalización, como esencia ideológica para la conformación de la sociedad capitalista global, no debe conllevar por un lado a un discurso catastrofista e intelectualmente simplista de necesidad de elección entre un capitalismo apátrida, impersonal y transnacional; y por otro lado, a un jacobinismo identitario, nacionalista, de meras prestaciones sociales orientadas a la pacificación. La dificultad del discurso contestatario y de la senda a recorrer, incluye el liberarse primero de estas dicotomías artificiales, liberarse del pensamiento único y del contra pensamiento único.

En todo caso, el espacio social y las desigualdades que en él se trazan, tienden a funcionar simbólicamente como espacio de los estilos de vida. Quienes ocupan las posiciones dominadas en el espacio social, también están situados en posiciones dominadas en el campo de la producción simbólica; y viceversa. Los sectores dominados no cuentan, por sí solos, con el capital simbólico para transformar el punto de vista que los lleva a reproducir la diferencia. En este caso, la lógica propia del campo de la producción cultural y de los intereses específicos que se engendran, tienen el efecto de inclinar a una fracción de los profesionales comprometidos a ofrecerle a los dominados, sobre una base de ‘homología de posición’, los instrumentos de ruptura con las representaciones sociales que tienden hacia la reproducción de la diferencia. Esto supone una ruptura tajante con la representación unidimensional y unilineal del mundo social que sirve de base a la visión dualista propietarios /no propietarios. Por supuesto, que otra fracción de intelectuales orgánicos – aquellos funcionarios de la superestructura *gramscianos* en función de dirección ideológica y de dominación política – operará como una *neoliberal knowledge elites* que promoverá un tipo de capital cultural – en términos de Pierre BOURDIEU – que redefinirá y legitimará el funcionamiento del propio sistema. En este caso la clase hegemónica se perpetúa en el campo económico, pero se legitima en el campo cultural.

El estudio y la descripción del quehacer transnacional de la fundación Konrad Adenauer, a través de la implementación de las relaciones sociales de la red física y virtual que establecen sus oficinas de representación en América Latina, debe de estar en grado de demostrar la capacidad de intervenir y de alterar, de manera capilar, las realidades de las sociedades latinoamericanas. Esta aproximación debe permitir acercarse a la estrategia difusa de análisis foucaultiano del poder: “[...] *coger al poder en sus extremidades, en sus confines últimos, allí dónde se vuelve capilar, de asirlo en sus formas e instituciones más regionales, más locales, sobre todo allí donde, saltando por encima de las reglas de derecho que lo organizan y delimitan, se extiende más allá de ellas, se inviste en instituciones, adopta*

la forma de técnicas y proporciona instrumentos de intervención material, eventualmente incluso violentos.”¹⁰

Desde la concepción HOBBSIANA ¹¹ se ponía de manifiesto que el poder es el elemento constitutivo de las relaciones sociales basadas en el sometimiento. La soberanía del Estado era el presupuesto necesario para el ejercicio del orden político y la propia existencia del Derecho, concebido este último sólo como expresión emanada de la autoridad del ‘soberano’. Desde entonces se ha avanzado constantemente en la depuración de las técnicas de dominio y en el perfeccionamiento de las estrategias de sometimiento, en cuyo esquema se inserta el pensamiento y la práctica ordoliberal como arte posmoderno de disciplinamiento – ahora con aspiraciones globales – cuyo pilote principal descansa en la seguridad del Estado ‘protector’ y en la legitimidad de las leyes del mercado – leyes objetivas y naturales – que dejan de ser cuestionables por el pensamiento humano. Se trata entonces, en cuestión, de ser capaz de describir en sus extremos y en sus manifestaciones prácticas, la labor que desempeña la Konrad Adenauer *Stiftung* por medio de sus oficinas de representación en América Latina.

Por lo tanto, en una visión sistémica de relaciones sociales de dominación, que se articulan y se subordinan perfectamente en los distintos planos locales, regionales, nacionales e internacionales, puede concebirse la actuación de la fundación Konrad Adenauer en América Latina como la expresión de una estrategia – en la heterogeneidad de las tantas y siempre confluyentes rutinas de poder que siguen los diversos actores globales –, de incorporación, en base del consenso viciado del ‘sometimiento por consentimiento’, al esquema ordoliberal de relaciones implícitas en el contexto mundial. Puede entenderse también como una sutil modificación del esquema de relaciones de poder entre la Europa comunitaria y la América Latina, o de manera más general, como la expresión de este fenómeno de lo postmoderno que se establece como manifestación de un orden mundial asentado sobre el ‘consenso cooperativo’¹², en un nuevo esquema de gestión del orden internacional establecido, entre los países del Norte y los países del Sur, en tanto que implica una movilidad y una fluidez casi

¹⁰ Foucault, Michel, *Microfísica del poder*, cit. p. 144.

¹¹ Hobbes, T., *Leviatán*. Ediciones Libertador, Buenos Aires, 2004.

¹² “El postmodernismo es lo que se obtiene cuando se ha concluido el proceso de modernización, y la naturaleza por su parte, ha desaparecido. (...) En un mundo postmoderno todas las fuerzas son artificiales, o, como dicen algunos, hacen parte de la historia.” Jamerson, F., *Posmodernism. Or the cultural logic of latre capitalism*, Duke University Press, 1991, p. 9, en *La sociedad Mundial de Control*, Hardt, Michael, cit., p.2.

infinita del carácter de las alianzas posibles, con el objetivo de mantener los feudos originados en la negociación política tradicional.

En la actualidad no se abandona la perspectiva de los acuerdos internacionales centrados en un tipo de Derecho practicado durante los años 80 del siglo pasado, por la cual se incentivaba a través de una cadena de condicionalidades, las recompensas económicas nacionales según la adopción de determinados estándares y parámetros económicos, políticos e institucionales de matriz occidental y neoliberal. Una modalidad de intercambio asimétrico de contraprestaciones bajo la forma jurídica contractual, que difícilmente pueda ser reconducible al sinalagma de la teoría contractual tradicional, empero, mucho más cercana a evocar una red orgánica de interdependencias asimétricas y de voluntades viciadas según una división internacional del trabajo centro – periferia, en sentido global ordoliberal de disposición funcional de los Estados nacionales en el contexto del espacio mundial.

En este punto es preciso recordar el drama reproductivo e insano al cual se refiriera Martínez PEINADO en cuanto a la producción capitalista de necesidades que se establece entre los países del Norte y los países del Sur: *“la estructura económica capitalista genera desarrollo desigual, que hace necesaria la cooperación, que a su vez se perpetúa al ayudar a reproducir la estructura que genera su necesidad”*¹³.

El conocimiento del mundo social y más precisamente de las categorías que lo componen, es el principal motivo de confrontación que se extiende y se manifiesta en todos los diversos subsistemas sociales; la confrontación implica inseparablemente la dimensión teórica y la cuestión práctica por el poder de conservar – o de transformar – el mundo social, conservando o transformando las categorías de percepción del entorno social. En la confrontación por la imposición de una visión legítima del mundo social, los agentes en cada uno de los niveles – local, nacional, transnacional – poseen un poder proporcional a su capital simbólico, que viene dado por el reconocimiento que reciben de un grupo social en cuestión.

La aceptación del consenso ordoliberal latinoamericano como símbolo de progreso y de civilidad – el mito ordoliberal –, debe permitir la incorporación eficaz, efectiva y uniforme de toda la región al entramado de relaciones que conforman el engrasado mecanismo del ordoliberalismo global – el mundo globalizado necesita de un consumidor uniformado e informado cada vez más numeroso e

¹³Martínez Peinado, J., *El capitalismo global*, Barcelona, Icaria, 1999, p. 90.

implicado en la actividad del consumo –¹⁴. Lo cual debiera suceder – según la lógica de poder imperante – no como resultado de una imposición, sino como resultado de la interiorización de un proyecto social ordoliberal legitimado por el consenso cooperativo y el pacto social que redescubre el devenir lógico de la realidad, cual si fuere el ‘orden natural’ de las cosas establecidas, basado en el convencimiento de que el tipo de ‘sociedad privada’ soportada predominantemente sobre el interés individual, las relaciones de mercado y la caridad estatal, ha de producir mejores resultados, tanto en el términos de libertad individual como en términos de eficiencia económica –¹⁵. Decía LÉVY-STRAUSS que los mitos son verdaderas máquinas de suprimir contradicciones¹⁶. Al mitologizar la historia y la sociedad, el pensamiento dogmático ordoliberal las transforma en meras proyecciones hegelianas de su relato¹⁷.

‘El consenso ordoliberal se levanta como ‘meta garante del orden social’ que garantiza la pacificación’ y la continuidad del actual modelo de sociedad occidental globalizada. El hemisferio Norte exporta conocimientos, ideas y tecnología hacia el hemisferio Sur, y este a su vez, asume la función proveedora de fuerza operaria, de materias primas, y de mercados periféricos considerando la menor capacidad de adquisición :“(…) *el consensus sobre el sentido del mundo social, que contribuye fundamentalmente a la reproducción del orden social; la integración ‘lógica’ es la condición de la integración ‘moral’*”¹⁸.

La ‘pacificación’ implica la asimilación social a través de la instrumentalización del mecanismo del consenso, que contribuye a la lógica de la continuidad del *status quo* y la consiguiente reproducción de las desigualdades sociales. La senda de la cooperación ordoliberal es inadmisibles como senda posible para el desarrollo de las sociedades latinoamericanas, y del resto de las sociedades nacionales, por cuanto significa el predominio de los intereses privados corporativos y transnacionales, más fuertes y

¹⁴ Díez R., Á., *Las ONG como campo de relaciones sociales*, en *Las ONG y la política*, cit. p. 143.

¹⁵“(…) *The analytical part of Bohm’s concept is that he is convinced that a society based predominantly on individual consensus and market transactions produces better results both in terms of personal freedom and in terms of economic efficiency.*”, Grudmann, S., *The concept of the Private Law Society: After 50 years of European and European business Law*, cit. pp. 553 – 581.

¹⁶ Lévi-Strauss, Claude, *Antropología Estructural*. EUDEBA, Buenos Aires, 1968.

¹⁷ Borón, Atilio A., *Capítulo IX. Tras el diluvio siempre sale el sol. La teoría política marxista entre las transformaciones del capitalismo y el derrumbe de los "socialismos realmente existentes: Estado, capitalismo y democracia en América Latina*, cit., p. 208.

¹⁸ Bourdieu, Pierre, *Poder, derecho y clases sociales*, cit., p. 92.

mejor organizados, sobre los intereses públicos ciudadanos. La ‘pacificación social’ implica hacer creer que los intereses privados, más fuertes y mejor organizados, se identifican con el interés general y el bien común de la nación.

En este sentido, puede considerarse que la versión postmoderna del Derecho realiza una mejor recepción y asimilación de la diversidad de las diferencias subjetivas y de las condiciones particulares según el escenario jurídico en cuestión. De este modo toma distancia de los criterios de generalidad y del carácter abstracto de la norma general – de la ley – propios de la modernidad y de la delegación política de la democracia moderna, para comenzar a registrar la presencia de las posiciones de *status* que la idea liberal de un único sujeto jurídico y formal había establecido y funcionalizado en aras del contrato jurídico como instrumento de emancipación individual y de distribución de la riqueza al interno de la sociedad mercantil, según los valores encarnados por el circuito económico. La práctica de la gobernanza a través de soluciones de tipo negocial, en el sentido de inclusión de sectores de intereses particulares – *comunità religiose, etniche, omosessuali, donne, immigrati, diversi tipi di famiglia, ecc.* – se presenta como un sistema decisional que tiende a trasladar hacia la periferia el peso de la cuestión, que no sólo responde a cuestiones de *status* o de clases, sino a múltiples criterios y situaciones vinculadas con la legitimación de los intereses privados.

Para lograr lo anterior – la aceptación por consentimiento de toda la región latinoamericana al ‘orden natural’¹⁹ del proyecto ordoliberal – se requiere entonces generar una producción simbólica discursiva que sea conforme con una mitológica visión material del mundo que sea reconocida como legítima por todos – tanto por los dominantes como por los dominados –, haciendo invisible la acción ideológica del poder y dislocando físicamente el órgano de dirección y de control del ejercicio de la dominación. Se requiere entonces constituir una *biohegemonía* ordoliberal con proyección global, que admita tanto las diferencias locales subjetivas como cuestión de *status*, necesaria para gestionar la cooperación, como admitir la cuestión jurídica de la igualdad formal para subvertir las diferencias estructurales de clases que condicionan el conflicto.

¹⁹“Cuando este marco es verdaderamente hegemónico es asumido como natural por los actores presentes en la arena y no necesita ser articulado explícitamente. Los disidentes dentro de esta arena enfrentan así el problema de superar una definición de la situación que incluso ellos mismos asumen como parte del orden natural de las cosas.”, Chihu, A., López, A., *El análisis de los marcos en la obra de William Gamson*. Revista de estudios sociológicos mayo – agosto, volumen XXII. El Colegio de México, 2004. pp. 435 – 460.

2 SOBRE EL *HOMO* ORDOLIBERAL AÚN NO FORMALIZADO.

Este proceso de construcción simbólica del comportamiento individual que acompaña a la definición del proyecto social ordoliberal, debe ser biopolitizado, naturalizado e incorporado como deseado por cada uno de los seres vivientes que conforman el espacio de la acción ordoliberal. En última instancia de lo que se trata es de inhibir – en sentido castrante – algunas de las características de la concepción simbólica e ideal del ser humano de la Ilustración liberal, que nació como sujeto transformador, armado por la razón y por las ansias de conquista de la igualdad, la sed de libertad, el sentido de la fraternidad y el anhelo de una mayor justicia social, que debe ahora en un entorno de postmodernidad cooperativa de juego de roles funcionales, debatirse entre un ser humano altruista motivado por las acciones de solidaridad, propias de un modelo de *homo sociológico*, y su otro y escindido *yo*, consumidor/proveedor motivado por la (i)razonable racionalidad económica de sus intereses individuales y sus deseos egoístas, propios del modelo antropológico del *homo economicus*²⁰.

Desde el individualismo metodológico de esencia lockeano – *"la razón por la que los hombres entran en sociedad es la preservación de su propiedad"* – ; esta pulsión eventualmente antagónica – constante y compleja – entre el comportamiento solidario y el comportamiento individualista que conviven en un propio ser – de manera contradictoria pero integrada, capaz de potenciarse y no de autodestruirse –, se encuentra en la base de la justificación del simbólico modelo individual ordoliberal, y se expresa a nivel sociológico en esa síntesis doctrinal de compromiso ordoliberal del logro del progreso y el bienestar social, asentado en la funcionalización de la libertad individual y en el principio de la competencia funcional del mercado²¹; todo bajo la denominación de la fórmula de ‘economía social de mercado’.

La ‘mano visible’ del ordoliberalismo como técnica gubernativa, considera poder gestionar la pulsión personal entre el egoísmo humano como resultado de la propia natura individual, y el sentimiento de

²⁰ “Básicamente, podemos resumir todas las orientaciones de la elección racional en tres argumentos básicos: 1º) los individuos toman decisiones racionales con arreglo a fines, 2º) dadas sus preferencias (elemento subjetivo de la acción) y 3º) teniendo en cuenta cuáles son las restricciones en las que pueden tomar sus decisiones (elemento objetivo de la acción).”, Martínez García, José Saturnino, *Tipos de elección racional*, Revista internacional de sociología, No. 37. 2004. pp. 139-173.

²¹ “In ciò sarebbe consistita la terza via – la tanto attesa alternativa tra un sistema in balia delle «regole della concorrenza» e un sistema fondato sul «dirigismo statale» – incentrata sull’utilizzo della «concorrenza come strumento del dirigismo statale»”, Somma, Alessandro, *L’economia sociale di mercato / 1. Il fascino della terza via: Torna di moda un passato mai passato*. cit., p. 8.

solidaridad ‘subsidiaria’ que yace como expresión social de la humanidad, a través de la aplicación de restricciones al comportamiento humano, según la ‘adecuada’ gestión del ambiente jurídico – institucional. Se trata entonces de valorizar adecuadamente la cuestión constitutiva de la dimensión antropológica – aunque cultural – de un modelo de comportamiento humano, holísticamente concebido, que sea capaz de ‘integrar’²² en el ejercicio de sus acciones todos los órdenes sociales, funcionalizando la acción individual en vistas de un óptimo resultado del sistema social, orgánicamente concebido en sentido productivista, según el pensamiento ordoliberal.

De este modo la labor ideológica del universo KAS promueve un simbólico sujeto ordoliberal – como célula individual y funcional de la sociedad privada postmoderna – que es económicamente efectivo y emocionalmente solidario, que es individualmente egoísta y socialmente responsable, que responde ‘estratégicamente’ igual de eficiente y de consciente al concierto del orden económico y del orden político; y que se expresa y se proyecta como una superación de aquel ‘mecánico’ *homo economicus* del liberalismo neoclásico, y como la superación también del *homo agents misiano*, cegado y ocupado por su egoísmo inmediato, mecánicamente maximizador empresarial de la simple búsqueda de su interés egoísta, sin preocuparse por las consecuencias de sus acciones en cuanto a la sostenibilidad del sistema dominante²³. En este sentido el modelo de comportamiento individual está muy próximo a la consideración del ‘individualismo altruista’ de Karl Popper²⁴, al cual se le adiciona en el modelo del *homo ordoliberal* una cuota mayor de responsabilidad y de sometimiento sistémico.

El *homo ordoliberal* – no formalizado explícitamente en la literatura científica – se manifiesta en la

²² “*L’homo oeconomicus faceva evidentemente riferimento a costruzioni invise alla letteratura fascista, che lo considerava incompatibile con le visioni olistiche della società (...). All’homo oeconomicus si contrapponeva l’uomo integrale, nato dalla impossibilità di ‘isolare l’azione economica dalle altre azioni umane e il fatto economico dagli altri fati umani’.*”, Somma, Alessandro, *Economia di razza. Dal fascismo alla cittadinanza europea*, cit., p. 45.

²³ “*Mientras el agente robbinsiano se ve limitado a reaccionar pasivamente frente a un marco de medios y fines dados o conocidos, maximizando eficientemente una función objetiva sujeta a una serie de restricciones, el agente misiano lleva a cabo una tarea que trasciende a la anterior, incorporándola y ampliando su alcance. El homo agens de von Mises no sólo persigue sus objetivos eficientemente dadas sus limitaciones informativas sino que también es lo suficientemente activo y perspicaz como para percibir cuáles son los fines a alcanzar y cuáles los medios de los que puede disponer. Esta actividad definida como empresarial está excluida por construcción del análisis neoclásico. Tenemos entonces que toda acción humana intenta resolver ambos problemas en forma única e integrada.*” Sarjanovic, Ivo, *El mercado como proceso: dos visiones alternativas*, Revista Libertas, VI, 11, octubre, 2009. Instituto universitario, ESEADE. 2009. p. 16.

²⁴ Popper Karl, *Individualismo contra colectivismo*, en David Miller (comp.) *Popper: escritos selectos*, México, Fondo de Cultura Económica. 1995. pp. 363 - 370.

síntesis evolutiva del modelo del *homo economicus* y del *homo sociologico*, capaz de manifestarse por un lado, en la vitalidad esencial del *homo imprenditori* ocupado en el desarrollo económico mundial,²⁵ y por el otro, en la responsabilidad instrumental del *homo consumatori* pendiente de la sostenibilidad ecológica global y del consumo decoroso según el respeto de los derechos humanos y las condiciones laborales, fundamentalmente en los países del Tercer mundo.

Se trata entonces de elaborar un modelo de comportamiento humano global, capaz de establecer *integralmente* relaciones dinámicas y capaz de compatibilizar en su ser *orgánico*, *yoes* inconsistentes entre sí. Es significativamente importante este tipo de síntesis y de concepción para el desarrollo de una conciencia ideológica de la ‘clase capitalista transnacional en formación’, que requiere de la difusión y de la diseminación de una cultura – ideología sobre el ‘consumismo’ que alcance la mayor cantidad de regiones y el mayor número de individuos²⁶.

Este nuevo referente de *homo ordoliberal*, se contrapone al ‘frío, impassible, calculador, racional y mecánico *hombre económico* (puro)’ de la competencia absoluta, ‘desdoblándose’ y presentándose ahora como un ser social y económico *complejo*. Un individuo epistemológicamente de naturaleza relativista racional, que efectivamente posee una escala de valores y de preferencias que estaría dispuesto ‘elásticamente’ a sacrificar, no sólo en virtud de un comportamiento ajustado al mecanismo empresarial de costes/beneficios, sino también en función de ‘otros’ criterios externos al mercado, pero que son redundantes y convergentes al comportamiento sistémico. El mecanismo económico del coste/beneficio del comportamiento humano, viene gestionado en el sistema ordoliberal, manipulando institucionalmente y jurídicamente el ‘ambiente contingente’ en el cual se desenvuelve el individuo social, forzándolo a una mejor ‘coordinación’ de la información y de los planes individuales de los distintos agentes económicos a través del tiempo; ‘ambiente’ que ahora incluye elementos extra–mercado pero que a su vez, son intra–sistema. Todo lo cual favorece la ininteligibilidad del mercado, al ‘equilibrio’ y a la predictibilidad del funcionamiento sistémico. “*Hay que darle la razón a Francis*

²⁵ *El hombre empresario/emprendedor surge entonces como una exigencia epistemológica – ideológica y política - que genera una comprensión mucho más funcional y ajustada para la fase del capitalismo avanzado, sobre todo, porque sintetiza las categorías necesarias para la ideología neoliberal que permiten absorber y enfrenar analíticamente la mayor complejidad sistémica, la articulación inestable y la interdependencia entre las realidades económicas, políticas y sociales contemporáneas, situaciones relativamente inexistentes en el pasado o, por lo menos, que no se expresaban históricamente con la profundidad con la que lo hacen hoy.*”, Puello-Socarrás, J. F., *Del homo oeconomicus al homo redemptoris: Emprendimiento y Nuevo Neoliberalismo Otra Economía*. cit. p. 193.

²⁶ Sklair, L., *The Transnational Capitalist Class*, Oxford, Blackwell Publisher, 2001.

Fukuyama cuando afirma que el egoísmo puede tener mayor fuerza que la virtud en un sistema individualista, sin que por ello llegue a ser una verdadera virtud²⁷.”

En la sociedad privada ordoliberal, el ‘orden espontáneo’ del mercado ‘libre’ cede su paso al orden del mercado constitucional ordoliberal, regulado por ‘reglas’ legales en constante retroalimentación contingente. Esta modalidad de conformación subjetiva de las preferencias individuales, según el pensamiento ordoliberal, lo logran gestionando el elemento ‘objetivo’ de la acción racional individual centrada en el mecanismo de precios²⁸. Lo cual equivale a gestionar ‘adecuadamente’ el marco jurídico institucional de modo que el mecanismo de coste/beneficio actúe en un ambiente social de restricción/ampliación, según las necesidades sistémicas ordoliberales, lo cual dará lugar a través del conformismo social – economía psíquica individual –, a un mecanismo de sobre adaptación de las preferencias individuales al comprobar la imposibilidad de alterar las condiciones marco jurídico institucionales del medio social²⁹.

Se trata entonces, desde el vértice del poder, de conformar una hegemonía cultural biopolítica como un tipo especial de dominación, caracterizado como un cuerpo de prácticas y de expectativas en relación con la totalidad de la vida, en la cual el modelo de *homo ordoliberal* sea capaz de decidirse constantemente en cada una de sus acciones siguiendo la maximización de sus beneficios y sus utilidades, pero que a su vez sea capaz de observar rigurosamente y de respetar fielmente – porque las ha interiorizado – las reglas establecidas de reproducción del juego social que garantizan la sostenibilidad del sistema ordoliberal.

En todo caso, para el modelo humano ordoliberal sus deseos personales, sus fines particulares, sus creencias, metas y acciones, y el sistema normativo institucional – entre otros datos que caracterizan el sistema social ordoliberal – son considerados como hechos y no son sometidos a la crítica, con lo cual el modelo humano ordoliberal se acerca a la manifestación de un modelo de comportamiento humano ‘natural’ en el sentido de aceptar el régimen social establecido como ‘orden natural’, como un orden dado y sólo susceptible de ser redescubierto y utilizado en beneficio individual en el sentido

²⁷ Vega Mere, Yuri, *Contratos de Consumo. (Estudio sobre el derecho del consumidor)*, cit., p. 123.

²⁸ Elster, Jon, *Juicios Salomónicos. Las limitaciones de la racionalidad como principio de decisión*. Barcelona, Gedisa. 1989. p. 165.

²⁹ Martínez García, José Saturnino, *Tipos de elección racional*, cit., p. 144.

organicista productivista del sistema ordoliberal –. Es por ello que se considera que el modelo del *homo ordoliberal* es la unidad elemental en la construcción del sistema ordoliberal. Es un modelo explicativo individual no individualista, indivisible y bipolar, siempre sistémico³⁰.

El presupuesto constitutivo antropológico del funcionamiento sistémico ordoliberal enfatiza un modelo de comportamiento que es, a la larga, indeterminado y que continuamente se enfrenta a condiciones emergentes que no se pueden predecir, únicamente pronosticar, digamos aquí, como sucede con el clima. No obstante, esta indeterminación en los comportamientos individuales no afecta la certeza de los resultados sistémicos por cuanto, además de previsibles normativamente, están fuertemente condicionados por la consideración de la ‘iniciativa privada’ como la fuerza motriz ‘egoísta’ que alimenta la idea de ‘libertad individual’ al interno del orden social. El ordoliberalismo como sistema de gestión estratégico de las relaciones sociales, funcionaliza la indeterminación, y la ‘determina’ a través de la consideración del comportamiento racional del conglomerado social, que viene forzosamente ‘racionalizado’ por la gestión del marco jurídico – institucional del sistema.

En el orden social ordoliberal ‘las reglas son el juego y el orden es el fin’, que siempre vienen garantizado por el ordenamiento jurídico según la máxima liberal del Estado de derecho. Es por ello que cualquier solución de contrapoder tiene que portar implícitamente variaciones importantes en el ordenamiento jurídico que alteren las reglas, formalmente establecidas y concebidas para el funcionamiento y la reproducción sistémica. Un cambio de reglas implica un cambio de juego. El simbólico modelo del *homo ordoliberal* debe ser aquel jugador experto, capaz de obtener el máximo provecho de la flexibilidad de las reglas sin cambiar el juego. El modelo de *homo ordoliberal*, tanto en su versión de consumidor como en la versión de emprendedor, supone que los agentes sociales son tomadores de decisiones racionales, cognitivas y conscientes, con objetivos definidos y medios suficientes que pueden ejercitar sus libertades dentro de los límites prescritos por la norma jurídica y el resto del ordenamiento social.

La comprensión del comportamiento individual ordoliberal puede ser elevado a un comportamiento colectivo de interacciones sociales interdependientes – familia, empresa, sindicato, estado – siempre repitiendo la esencia del respeto, la observancia y la constricción personal a las reglas que garantizan el orden y la reproducción sostenible a largo plazo, y que a su vez facilitan la calculabilidad

³⁰ Bunge, Mario, *La relación entre la sociología y la filosofía*. Madrid, EDAF. 2000.

egocéntrica – individual y sistémica – del máximo beneficio y las mínimas pérdidas. Las ‘reglas del juego’ ordoliberales establecidas por el ordenamiento jurídico, compulsan violentamente al individuo a esforzarse – y las más de las veces inconscientemente – a favor del mantenimiento del sistema económico, y lo fuerzan a través de la enseñanza, la educación y la capacitación profesional en la dirección de ser eficiente al interno de una economía de mercado: “*El predominio del objetivo redistributivo por sobre el objetivo de crecimiento y de eficiencia económica siempre lleva a graves problemas de inflación y de desempleo o, dicho de otro modo, la falta de eficiencia en una economía no se puede compensar con una política redistributiva forzada. Por eso, yerran los críticos de la ESM cuando señalan como objetivo de la política social la redistribución de ingresos o fondos. La meta principal consiste en la mayor capacitación posible de los seres humanos para que sepan cómo participar con éxito en la economía de mercado. En el sistema de la ESM, nadie tiene el derecho a ser pobre, sino la obligación de no serlo. La responsabilidad de la política social es generar esa obligación y los medios para cumplirla*”³¹ .

El *homo ordoliberal* como modelo de comportamiento promocionado por el sistema imperante, es consustancial a la cuestión abordada anteriormente en cuanto a garantizar, desde posiciones liberistas, la gestión emergente del medio social con marcado acento disciplinante y neoconservador. La ‘estrategia cooperativa’ de la reorganización y la coordinación capitalista global, para gestionar adecuadamente el ‘entorno social’ debe responder tanto colectivamente como individualmente a la cuestión anteriormente enunciada de: ¿Cómo garantizar durante un largo período de tiempo, la estabilidad y la reproducción del capital global? Por ello, el simbólico modelo de *homo ordoliberal* no se detiene en el momento cognitivo del cálculo coherente y matemáticamente correcto de utilidades y de beneficios personales. El *homo ordoliberal* debe incorporar otro momento práctico, *a posteriori*, que no se identifica necesariamente con una conducta egoísta o miope, que sólo trate de sacar la máxima ventaja del momento puntual. En virtud del *principio de sostenibilidad ordoliberal* ³² es preciso establecer incentivos sustentados en objetivos de largo plazo, y no de ganancias coyunturales. Ello se logra gestionando el ambiente social ordoliberal.

Por ello, el simbólico modelo de comportamiento del *homo ordoliberal* busca conciliar, en el típico

³¹ Hans Jürgen, *Crisis financiera. Redescubrimiento de la economía social de mercado*”. cit. p. 96.

³² Resolución de la XXII Convención Partidaria de la Unión Demócrata Cristiana de Alemania (CDU): El centro. El fuerte de Alemania., *Economía Social de Mercado. Diálogo Político*, Revista trimestral No. 1, marzo 2009. Argentina. p. 181. Disponible en, <http://www.kas.de/argentinien/es/publications/16719/>

ejercicio postmoderno de equilibrio crítico soportado por la cooperación dinámica entre opuestos, la maximización de utilidades con una forma de ‘egoísmo racional altruista de largo plazo’, compatible con la sostenibilidad del interés de reproducción productivista del sistema. En este sentido, la nueva racionalización del sistema social capitalista se concibe como la sumatoria del proceso individual cognitivo, que da paso a la transformación de un primer momento de autointerés individual de corto alcance en el tiempo, a un segundo momento lúcido, capaz de permitir calcular individualmente y a largo plazo, el éxito de la acción individual y sus consecuencias para el sistema *quo*, como resultado de su capacidad de crear expectativas racionales sobre acontecimientos futuros, a partir de la información disponible y la asunción de un riesgo calculable y asumible por el sistema.

Se trata de un tipo de racionalidad individual no intencional, en la cual queda atrapado el individuo embebido por el sistema de producción y por las reglas que conforman el marco jurídico institucional. Sistema de producción que acompañado de un marco jurídico institucional apropiado, restringe en la sociedad privada ordoliberal la esfera de acción del individuo, funcionalizando en pos de los intereses generales y del bien común aquellos derechos individuales que se denominan, eufemísticamente, libertades protegidas constitucionalmente en los ordenamientos jurídicos de las democracias occidentales. Esta restricción ordoliberal impuesta indirectamente sobre los fines individuales se logra gestionando los medios disponibles como limitaciones objetivas impuestas al comportamiento humano, de modo que ‘razonablemente’ este deba reajustar sus propias expectativas³³. Es así como ‘inconscientemente’ una lógica sistémica de racionalidad no intencional individual, se convierte en una forma razonable y asumible del comportamiento humano individual por resignación, que a la postre deviene en una intencionalidad colectiva afín al funcionamiento organicista de la sociedad ordoliberal.

El modelo de comportamiento individual del homo ordoliberal, que asume la complejidad de la realidad social, se corresponde con una visión polifacética, multidimensional y heterodoxa de la acción humana individual, que debe garantizar la sostenibilidad en el largo tiempo del *status quo*. Sostenibilidad sistémica que a su vez es funcional a la concepción de ‘la jurisprudencia de los intereses’ que focaliza y reduce la atención de la interpretación del diferendo judicial al análisis de ‘los

³³ “La racionalidad intencional podemos asimilarla a una visión de la elección racional, en tanto que se refiere a cómo los agentes actúan en función de sus medios y sus fines, de una forma razonable. La racionalidad no intencional da contenido sustantivo a esta racionalidad vacía, es la lógica del modo de producción o sistema social (o como se prefiera) en la que los individuos están “incrustados” (*embedness*, en la tradición anglosajona).”, Martínez García, José Saturnino, *Tipos de elección racional*, cit., p. 161.

intereses en juego’, que debe considerar la ventaja del bien común de la sociedad en un largo período de tiempo. De este modo se pretende rehabilitar la idea de la autonomía de un ‘derecho neutral’ que se opone a cualquier consideración de ‘valores’, en el sentido axiológico con un significado propio condicionado históricamente. Básicamente la diferencia estriba en que la ‘gramática de los intereses’ siempre es de naturaleza contingente, por lo tanto, cualquier actuación desde el derecho – y para el derecho – escapa de cualquier consideración *a priori* de reduccionismos o universalismos pre concebido, doctrinal y normativamente. El derecho deviene en una ciencia práctica contingente funcional al mantenimiento del sistema.

3 COOPERACIÓN POR INTERACCIÓN INFINITA EN EL ESPACIO DEL MERCADO.

Según la lógica sistémica imperante, el comportamiento postmoderno del modelo humano individual debe adoptar estrategias racionales de equilibrio que no siempre están a su alcance comprender, lo cual implica que el Estado ordoliberal en una visión organicista y cuasi fascista, debe auxiliar, regular y corregir el comportamiento de los actores privados en sus relaciones jurídicas privadas, en el marco de una sociedad privada de Derecho que vela por intereses generales y superiores de la sociedad, empleando el principio de la competencia como instrumento de dirigismo político. *“L’uso della concorrenza come strumento di dirigismo politico serviva per evitare i fallimenti del libero mercato determinati dalle condotte antisistema. Da questo punto di vista l’ordoliberalismo è stato uno strumento di funzionalizzazione delle condotte economicamente rilevanti”*³⁴.

Considerando que la decisión racional individual no se ocupa de la corrección sistémica de los fines – y abandonada la clásica consideración de la ‘mano invisible’ como garantía del ‘bien común’ –, toda la dimensión de la corrección sistémica de los fines distributivos queda eliminada de la teoría³⁵. De modo que el Estado ordoliberal – siendo un estado fuertemente regulador – ejerce una intensa función privada de árbitro ‘robusto’, que establece una regulación de procesos marco, propia de una racionalidad estratégica orgánica de orden superior, que supera los propios intereses y racionalidades individuales de los agentes privados por separados³⁶. De modo que el Estado ordoliberal, a través de

³⁴ Somma, Alessandro, *Economia di razza. Dal fascismo alla cittadinanza europea*, cit., p. 15.

³⁵ Ambrosini, C. M., *Racionalidad estratégica vs. Racionalidad dialógica*, cit., p. 15.

³⁶ *“De ser cierto que el razonamiento humano incluye sesgos cognitivos, que llevan a inferencias sobre el mundo erróneas, señala una debilidad en el "individuo racional y estadístico" al que se refieren Blossfeld o Goldthorpe, y que veremos más adelante, pues las desviaciones sobre las decisiones racionales pueden ser sistemáticas. Conlisk (1996) revisa estos*

la función imperativa del derecho, mantiene ‘coactivamente’ el funcionamiento del mercado, por así decirlo, contra sí mismo, y en los límites precisos de la ‘justicia conmutativa’ a través de la continua funcionalización de la autonomía privada individual al interno del conglomerado social.

Las prácticas comerciales de colusión son benéficas para las compañías involucradas³⁷, pero no lo son tanto ni para el resto de la sociedad, ni para la reproducción de las condiciones ‘constitutivas’ de existencia del mercado. En realidad, la mayoría de las formas de corrupción son casos de ‘cooperación negativa’ vistos con beneplácito por los participantes en la búsqueda de una posición dominante, pero no por el resto de los agentes sociales³⁸. La función del Estado ordoliberal, es sobre todo, mantener el ‘ordine’ que supera los propios intereses individuales, y por ello asume que el sistema jurídico, en función ‘inmunitaria’, está en condiciones de imponerle límites imperativos a la autonomía privada, por cuanto se requiere mantener las condiciones de funcionamiento y de reproducción del mercado concurrencial, aún y a pesar, de la tendencia de ‘autofagia’ del mercado: “*Il mercato è un sistema che tende a dissolvere le condizioni della sua stessa esistenza (ad es. Processi di concentrazione e centralizzazione dei capitali che soppiantano la concorrenza.)*”³⁹.

3.1 ENTRE EL LIBERALISMO CLÁSICO Y EL LIBERISMO POSTMODERNO.

Si hubiese que señalar puntualmente una cuestión que establezca la diferencia y la ruptura entre el ‘orden moderno liberal’ y el ‘orden postmoderno ordoliberal’, esta estriba en que la premisa normativa esencial del paradigma liberal se encontraba en el acuerdo ‘voluntario’ entre individuos, que intercambiaban en el espacio del mercado del cual salían y entraban libremente, y daban forma y

problemas, y como apoyo a la argumentación realista, tenemos que bajo ciertas circunstancias un razonamiento erróneo por parte de los consumidores en un mercado puede alterar su equilibrio (Russell y Thaler (1985), citados por Rabin (1998)) o una pequeña proporción de agentes de racionalidad limitada en un mercado pueden influir más que proporcionalmente sobre el equilibrio de mercado debido a efectos de "congestión" (Rabin 1998).”, Martínez García, José Saturnino, *Tipos de elección racional*, cit., p. 160.

³⁷ Para ver un criterio neoliberal ‘puro’ sobre la legitimidad de las cárteles entre productores, similares en legitimidad a los acuerdos voluntarios entre proveedores y consumidores, que ponen en entredicho el principio de ‘soberanía del consumidor’, Rothbard, Murray N., *Man, economy and State – A treatise on economic principles, Vol. I II*. Los Angeles, Nash Publishing, 1970. p. 570. Traducido por Jesús Huerta de Soto, *Lecturas de Economía Política*, Unión Editorial, Madrid, 1986-1987.

³⁸ Ambrosini, C. M., *Racionalidad estratégica vs. Racionalidad dialógica*, cit., p. 15.

³⁹ Barcellona, Mario, *Sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, cit., pp. 76-77.

contenido a una ‘sociedad contractual burguesa del mercado’; en palabras de la escuela austríaca de ROTHBARD⁴⁰, a través de la ‘cooperación voluntaria’. Esta proyección armónica en retrospectiva de un pasado moderno, es posible sugerirla considerando dos elementos. El primer elemento se encuentra en la función y los límites del mercado al interno de una actividad económica, esta última más amplia y general que no se agotaba en una sociedad regida por el mercado de la competencia, y en la cual la formación de los precios era una variable directamente dependiente del encuentro entre la oferta y la demanda, “*de dos seres con la misma capacidad de influir en el contenido del contrato, de darse –sin someterse – reglas de conducta derivadas de la autonomía privada que traducían un equilibrio de posiciones*”^{41 42}. Mercado de ‘precio justo’ que por demás, no se orientaba a satisfacer los bienes de subsistencia mínimos de los más desposeídos, quienes podían ver cubiertas sus necesidades por otros mecanismos alternativos que no respondían a la lógica económica, por ejemplo, a partir de la caridad pública y de las donaciones socialmente obligatorias⁴³.

El segundo elemento, propio del funcionamiento del ‘orden mercantil moderno, liberal y burgués’, estribaba en la dimensión del modelo antropológico ‘*Robinson Crusoe*’ del contrayente ‘moderno’, un prototipo individual – burgués o un aristócrata – capaz de ejercer un efectivo dominio sobre su autonomía privada, con conocimiento y habilidad suficiente para bregar con fortuna en la actividad comercial del mercado. Modelo antropológico por demás, ajeno al “*commercio dei poveri i beni di sussistenza*”⁴⁴.” De modo que la extensión – el mercado contenido en los límites de la actividad económica, y no viceversa – y la naturaleza y el precio de los bienes del intercambio –, justificaban en los albores de la modernidad el carácter ‘voluntario’ de la cooperación y la consideración de un derecho contractual liberal ‘tradicional’, neutral, apolítico y no instrumental, en el cual la libertad

⁴⁰ Rothbard, Murray N., *Man, economy and State – A treatise on economic principles, Vol. I II.* cit., pp. 77 – 84. Traducido por Jesús Huerta de Soto, *Lecturas de Economía Política*, Unión Editorial, Madrid, 1986-1987.

⁴¹ Vega Mere, Yuri, *Contratos de Consumo. (Estudio sobre el derecho del consumidor)*, cit., p. 19.

⁴² “*Si un intercambio entre dos partes es voluntario, no se llevará a cabo a menos que ambas crean que dicho intercambio las beneficiará*”. Es decir, el mercado es concebido como un juego de sumas variables en donde las dos partes contratantes pueden ganar simultáneamente. Ahora bien, la visualización de esta posibilidad es relativamente sencilla en una economía mercantil simple como la de aquellos diligentes Robinson Crusoes que sirven de base al modelo del mercado pero se torna mucho más complicada en la moderna y compleja economía capitalista.”, Borón, Atilio A., *Capítulo II. Entre Hobbes y Friedman: liberalismo económico y despotismo burgués en América Latina: Estado, capitalismo y democracia en América Latina.* cit., p. 84.

⁴³ Somma, Alessandro, *Scienza giuridica, economia e politica nel diritto privato comunitario*, cit., p. 228.

⁴⁴ Barcellona, Mario, *Sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, cit., p. 80.

contractual individual era el valor primordial y fundamental a defender del despotismo político⁴⁵. La cuestión esencial de la modernidad radicaba en la no exclusividad del mecanismo del mercado, en tanto y en cuanto, no existía la necesidad imperativa de recurrir a él. La justicia social no quedaba ‘exclusivamente’ contenida en los mecanismos del ejercicio del mercado, que aún no había ‘diventado’ soberano⁴⁶.

Por su parte, el orden contemporáneo postmoderno ordoliberal – liberista⁴⁷ –, como resultado de los grados de intensidad de la política organicista practicada en un ambiente social caracterizado por la contratación en masa y el desarrollo tecnológico en todas las esferas de la producción y los servicios, transforma la ‘cooperación voluntaria’ en una ‘cooperación forzada’ a partir de la construcción y de la reproducción de las necesidades vitales individuales, que reduce todos los espacios económicos de satisfacción social al espacio del mercado, como orden normativo privilegiado de regulación social. El mercado contemporáneo, como espacio de relaciones de intercambio, se expande más allá de la actividad económica usurpando los espacios de la soberanía política, y se funda sobre la consideración de un modelo antropológico humano de matriz productivista/utilitarista, que conserva el clásico elemento de la igualdad formal como capacidad para contratar, pero sin posibilidades de que la actividad política pueda imponerle, a la ‘gran’ autonomía privada contractual – en particular a los grandes consorcios financieros, productivos y comerciales –, criterios ‘correctivos’ de justicia social y

⁴⁵ Lurger, Briggitta, *Il futuro del diritto europeo dei contratti*, en, Somma Alessandro, *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*, G. Giappichelli Editore, Torino. 2007. p. 145.

⁴⁶ “*Del capitalismo incipiente nace el capitalismo moderno, si bien en esta segunda fase algunos principios de los padres de la economía (Smith), tales como la ley de la oferta y la demanda (la mano invisible) y la libre competencia sufren una reducción en su aplicación por las grandes concentraciones de capitales de las corporaciones mejor organizadas que se distribuyeron el mercado limitando la concurrencia y la competencia. Los Códigos de comercio ya no tienen el papel de primera figura en este ambiente. De la libertad de comercio no se habla más con euforia, el principio fundamental es la libertad de empresa.*”, Vega Mere, Yuri, *Contratos de Consumo. (Estudio sobre el derecho del consumidor)*, cit., p. 13.

⁴⁷ “*La práctica liberal se tornó corporativista, cuando no abiertamente fascista o reaccionaria, y la teorización hegemónica en el campo de la burguesía fue desprendiéndose aceleradamente de los residuos liberales y abrazando sibilamente un pensamiento estatista centrado en la defensa de los nuevos intereses y valores encarnados por la gran empresa monopólica. Una simple ojeada a las principales contribuciones teóricas de Milton Friedman a Irving Kristol es suficiente para calibrar la intensidad de esta involución.*”, Borón, Atilio A., *Capítulo IX. Tras el diluvio siempre sale el sol. La teoría política marxista entre las transformaciones del capitalismo y el derrumbe de los "socialismos realmente existentes: Estado, capitalismo y democracia en América Latina*, cit., p. 222.

de distribución, ajenos a la lógica liberista⁴⁸.

En síntesis, el modelo de gestión ordoliberal basado sobre la expansión del mercado, no puede agotar la típica justicia social distributiva en un diseño de justicia contractual conmutativa. La justicia social ordoliberal no contempla la posibilidad de un mecanismo de solidaridad horizontal efectivo de redistribución de las riquezas sociales, y por demás, reduce la solidaridad vertical al mecanismo de las prestaciones sociales que encuentra sustento en el mecanismo fiscal de contribución proporcional según los ingresos. Es por ello que el discurso del profesor Atilio BORÓN establece un nexo directo entre la ‘desmercantilización’ y las políticas distributivas de igualdad social⁴⁹, y a su vez relaciona directamente la mercantilización de los servicios con el resultado de la exclusión social.

3.2 LA INTERACCIÓN INFINITA Y LA COOPERACIÓN FORZADA.

El ordoliberalismo, al gestionar ‘totalizantemente’ el ambiente y el marco regulador e institucional de las reglas del juego aplicables a los procesos del mercado – a través del mecanismo de coste/beneficios aplicado al elenco de preferencias personales –, fuerza y ordena ‘transparentemente’ y conscientemente los comportamientos individuales como mecanismo de coordinación social.

Evidentemente, no hay nada que impida que el ‘proceso ordoliberal’ se realice de la manera más ‘inconsciente’ posible para el individuo, e incluso para la comunidad de individuos. Este modo de actuar del liberismo ordoliberal, asentado sobre una lógica funcional, es diferente en naturaleza, al mercado mercantil moderno sobre la base del derecho privado practicado por el clasisismo liberal⁵⁰.

En este punto del discurso, en clave cooperativa, entra el proceso legislativo de promulgación nacional

⁴⁸ Barcellona, Mario, *Sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, cit., p. 82.

⁴⁹ “Por eso no cabe la menor duda de que, tal como lo ha observado Gosta Esping-Andersen en repetidas ocasiones, un buen indicador de la mayor o menor justicia social existente en un país está dado por el grado de “desmercantilización” de la oferta de bienes y servicios básicos requeridos para satisfacer las necesidades de los hombres y mujeres concretos que constituyen una comunidad. La “desmercantilización” significa que una persona puede sobrevivir sin depender de los caprichosos movimientos del mercado. Ella “fortalece al trabajador y debilita la autoridad absoluta de los empleadores. Esta es, exactamente, la razón por la cual los empleadores siempre se opusieron a ella.”, Borón, Atilio A., *Estado, capitalismo y democracia en América Latina*. cit., p. 19.

⁵⁰ Para ver un punto de vista diferente, Vanberg, Viktor J., *Mercados y Regulación. El contraste entre el liberalismo de libre mercado y el liberalismo constitucional*, cit. pp. 98 - 99.

de Códigos de defensa del consumidor como elemento axiológico de la voluntad estatal de manifestarse a través del clásico Estado de derecho, que debe velar por un mínimo de protección de sus ciudadanos y garantizar, correlativamente, la seguridad y el bienestar de sus súbditos inmersos en la acción del mercado. Si bien todos los ciudadanos preferirían convivir en una sociedad de altruistas, en las sociedades complejas, pobladas mayoritariamente por ciudadanos consumidores, se impone el ‘egoísmo universal’ como norma de comportamiento individual, puesto que en los grandes grupos humanos los flujos de información acerca de la conducta de los demás son muy débiles y fácilmente distorsionados. La falta de información y de transparencia desalienta la adopción de principios éticos ya que, en caso de imponerse, se asumen bajo el riesgo aislado de resultar más perjudicado individualmente.

Más rápida y efectiva puede resultar la solución política: El uso de la potencial coerción de la ley o de la fuerza para obligar a todos por igual – consumidores y proveedores – a renunciar a la opción egoísta ya que si cada uno está seguro de que el resto colaborará, entonces estará mejor predispuesto a postergar su interés personal. Se promueve entonces a través de la fórmula del compromiso de los opuestos, propia del postmodernismo conservacionista y conservadurista, un tipo de ‘egoísmo racional’ soportado pedagógicamente por los Códigos de consumo y por las intervenciones puntuales del estado en la esfera económica, que fuerza a la cooperación so pena de la mutua aniquilación. Este esquema de cooperación forzada viene coadyuvado por la evidencia cíclica del encuentro reiterado e indefinido en el espacio del mercado entre sujetos consumidores y proveedores, de modo que al no saber cuál y cuándo será la última de las interacciones en el espacio del mercado, los sujetos, por sentido común, se ven constreñidos a cooperar continuamente para ‘intercambiar sus necesidades’.

No hay forma de eludir la interacción. Con este tipo de argumento cobra mayor valencia el carácter pedagógico, formativo y legitimante que portan los Códigos de protección al consumidor en cuanto orientados a consolidar la ‘razón del mercado’ como elemento ‘natural’ de la gobernanza que acciona sobre la organización social a todos los niveles. Es particularmente intensa y legitimante la relación entre el Código de protección y defensa del consumidor del Perú, y el pensamiento ordoliberal, por cuanto el artículo 1 del referido Código encuentra justificación constitucional en su formulación económica como ‘economía social de mercado’: *“El presente Código establece las normas de protección y defensa de los consumidores, instituyendo como un principio rector de la política social y económica del Estado la protección de los derechos de los consumidores, dentro del marco del artículo 65° de la Constitución Política del Perú y en un régimen de economía social de mercado,*

*establecido en el Capítulo I del Título III, Del Régimen Económico, de la Constitución Política del Perú*⁵¹.”

Las normas de protección al consumidor han de estar retóricamente fundamentadas racionalmente y han de satisfacer las condiciones de universalidad como condición legitimante, para no ocuparse precisamente de los intereses minoritarios y poderosos de los grupos de presión. Esta condición normativa de universalidad es esencial para la reproducción sistémica y orgánica liberista, que se resiste a ser detenido en su movimiento de asimilación gradual por los intereses particulares minoritarios, no siempre atendibles aun gozando de un poder significativo, por cuanto atentan contra la consideración sistémica y la lógica liberista de un ‘mercado eficiente’. En cualquier caso, la cuestión de la justicia social y la solidaridad, son cuestiones accesorias y de tercer grado, en relación con el funcionamiento de la economía de mercado y la pacificación social, por cuanto el ordenamiento jurídico se proyecta sobre una lógica contractual meramente conmutativa, cooperativa y subsidiaria, que permite a los contrayentes el intercambio de riquezas al interno de una relación jurídica bilateral, que nada tiene que ver con la lógica distributiva en la cual se inscribe la razón de la justicia social⁵².

En este punto es importante volver sobre la cuestión, someramente abordada, del contrapoder y la promoción del conflicto como elementos axiales de la transformación social del discurso propuesto en esta tesis. La tesis de AXELROD afirma, desde la concepción instrumental de la racionalidad estratégica, que ‘posiblemente’ constituye una condición suficiente para alcanzar el consenso “*cuando el número de interacciones es indefinido puede surgir la cooperación*”⁵³. Así pues, la cuestión de gestionar el poder desde el vértice de la hegemonía, según el esquema de la gobernanza global basado en el diálogo cooperativo, se convierte en intentar descubrir y poder reproducir las condiciones precisas de posibilidad que son necesarias y suficientes para que surja y se mantenga dicha cooperación, que bien pudiera ser hipotizada como: ‘La forzada construcción de una interdependencia recíproca y asimétrica de infinitas interacciones humanas, como condición necesaria – no necesariamente suficiente – para la constante satisfacción de las siempre insatisfechas necesidades’. Construir una ‘cooperación forzada’

⁵¹ Ley No. 29571 - *Código de Protección y Defensa del Consumidor* (vigente desde el 2 de octubre de 2010), publicado en el diario oficial *El Peruano* el 2 de setiembre de 2010.

⁵² Barcellona, Mario, *Sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, cit., p. 78.

⁵³ Axelrod, R., *La evolución de la cooperación. El dilema del prisionero y la teoría de juegos*, cit. p. 58.

es diseñar un ‘lazo cerrado de retroalimentación’, es proyectar un oscilador social a modo de círculo vicioso, que garantiza la estabilidad sistémica. Que la independencia de cada uno resida en la interdependencia de todos.

3.3 APUNTES MARXISTAS SOBRE LA COOPERACIÓN ORDOLIBERAL.

La división del trabajo y el carácter inabarcable de las interdependencias sociales obligan a tomar en consideración y asegurar, a través de las normas jurídicas – públicas coactivas, y privadas de autorregulación –, esta funcionalidad del mercado que descansa tanto en la cooperación entre las clases sociales, como en la desigual distribución y acumulación de los beneficios, según los intereses privados dominantes⁵⁴.

En todo caso, no debe perderse de vista que durante todo el trayecto del texto se ha abordado la cooperación en el sentido ‘capitalista’ del término, tal como fue abordada y descrita por MARX en cuanto a la cooperación que establecían los obreros una vez que habían ‘vendido’ su fuerza de trabajo. Básicamente MARX describe que la cooperación no se establece directamente entre los individuos asalariados, sino que se establece entre el capital y los individuos una vez que estos han ‘dejado de pertenecerse a sí mismos’ en un proceso a través del cual la socialización del trabajo capitalista provoca la enajenación individual. MARX lo expresaba en los siguientes términos⁵⁵: *“Como personas independientes, los obreros son individuos que entran en relaciones con el mismo capital, pero no entre sí. Su cooperación comienza en el proceso de trabajo, es decir, cuando ya han dejado de pertenecerse a sí mismos. Al entrar en el proceso de trabajo, son absorbidos por el capital. Como obreros que cooperan a un resultado, como miembros de un organismo trabajador, no son más que una modalidad especial de existencia del capital para el que trabajan. Por consiguiente, la fuerza productiva desarrollada por el obrero como obrero social, es fuerza productiva del capital. Esta fuerza productiva social del trabajo se desarrolla gratuitamente tan pronto como los obreros se ven sujetos a determinadas condiciones, a que el capital los somete.”*

Y en otro momento expone lo siguiente: *“La forma capitalista presupone, por el contrario, desde el*

⁵⁴ Mestmäcker, Ernst, *La mano visible del Derecho: Derecho y Economía en Adam Smith*, En: *Recht und Ökonomisches Gesetz*, 2a. edición, 1984, p. 104 y ss.

⁵⁵ Marx, Karl, *El Capital: Crítica de la Economía Política, Tomo 1*. México: Fondo de Cultura Económica. Reimpresión 25, 1995. pp. 525 – 573.

primer momento, la existencia de obreros libres y asalariados que venden su fuerza de trabajo al capital. Sin embargo, históricamente, esta forma se desarrolla por oposición a la economía agraria y al artesanado independiente, tenga o no éste forma gremial.²¹ Frente a estas formas, la cooperación capitalista no se presenta como una forma histórica especial de cooperación, sino que ésta reviste la forma peculiar del proceso capitalista de producción, forma específica que le caracteriza y le distingue.

Y así como la fuerza productiva social del trabajo se presenta como fuerza productiva del capital, la cooperación aparece también como una forma específica del proceso capitalista de producción, que la distingue del proceso de producción de los obreros aislados o de los maestros artesanos independientes. Es el primer cambio que experimenta el proceso efectivo de trabajo al ser absorbido por el capital. Este cambio se efectúa de un modo elemental y espontáneo. Su premisa, el empleo simultáneo de un número relativamente grande de obreros asalariados en el mismo proceso de trabajo, constituye el punto de arranque de la producción capitalista. Históricamente, este momento coincide con el nacimiento del capital. Por tanto, si el régimen capitalista de producción se nos presenta, de una parte, como una necesidad histórica para la transformación del proceso de trabajo en un proceso social, de otra parte esta forma social del proceso de trabajo aparece como un método empleado por el capital para explotarlo con más provecho, intensificando su fuerza productiva.

(...) La cooperación es la forma fundamental del régimen de producción capitalista, aunque en él su forma simple se presente como forma especial, al lado de otras formas más complejas.”

En los párrafos anteriores queda la constancia histórica de la descripción marxista del mecanismo de cooperación ‘capitalista’ – que no operaría – como un dispositivo ‘espontáneo’ de asimilación, de diferenciación y de contraposición del trabajo, bajo la supervisión del ‘capital’, orientado a alcanzar un mayor provecho productivo capitalista⁵⁶. Un ‘trabajo productivo’ que “*produce meraviglie per i ricci*” y “*caverne per l’operaio*”⁵⁷.

⁵⁶ “Concebido como una teoría científica y como un instrumento de transformación social, el marxismo se ha propuesto no sólo interpretar la realidad social sino también transformarla. Este doble carácter, teórico y práctico, hace que en su permanente labor de reconstrucción teórica el marxismo se encuentre permanentemente atravesado por muy serios interrogantes, y que las novedades y desafíos producidos en una época de extraordinario dinamismo como la que vivimos adquieran una importancia tal que el reconocimiento de sus insuficiencias teóricas y prácticas resulte no sólo absolutamente inevitable sino también completamente necesario para su eventual superación.”, Borón, Atilio A., *Estado, capitalismo y democracia en América Latina*. cit., p. 217.

⁵⁷ Marx, Karl, *Manoscritti economico-filosofici del 1844*, en, Karl Marx y Federico Engels, *Opere III, 1843-1844*. Editori Riuniti, Roma. 1976. p. 300.

En términos análogos se puede exponer la ‘cooperación ordoliberal’ como aquella cooperación correspondiente a una fase histórica de la evolución del capitalismo contemporáneo, orientada a la pseudo socialización del mercado bajo la premisa de la masificación del consumo. En ambas situaciones, históricamente condicionadas por la ‘socialización del trabajo’ a mediados del siglo XIX y el tendencial proceso de incremento de la ‘de-socialización del mercado’ desde la segunda mitad del siglo XX, se produce un resultado homologable: La cooperación se establece con el capital, bien sea este de carácter productivo en la sociedad burguesa, o productivo y especulativo en la sociedad capitalista, y en esta última el *plus* adicional de la previa enajenación individual como resultado de la participación ‘por necesidad’ en las relaciones económicas de dominación. La otrora ochocentista ‘masa operaria’ deviene actualmente en un ‘consumidor social’ orgánico, cuyo elemento aislado, enajenado y explotado es el ‘consumidor individual’ elevado retóricamente a la consideración de ‘soberano del mercado’, propio de un modo capitalista de producción orientado, cada vez más, a la actividad especulativa que a la actividad productiva. Actualmente resulta imposible encontrar en el ‘*lavoro*’ – devenido mayoritariamente precario y clandestino como forma coactiva de inclusión sistémica capitalista – un punto de equilibrio entre individuo y ‘*ordine*’, capaz de realizar la actividad de emancipación⁵⁸. ‘*Siamo entrati nell’era del non lavoro*’⁵⁹.

El período de la modernidad viene descrito por ROMAGNOLI en los siguientes términos ‘industriales’: “*Nei decenni centrali del ‘900, infatti, dominava la figura del cittadino–lavoratore con l’accento non tanto sul cittadino quanto piuttosto sul lavoratore. Come scrive Ulrich Beck, tutto era legato al posto di lavoro retribuito. La stessa condizione di cittadino derivava da quella di lavoratore (...) Così facendo, hanno identificato nel contratto di lavoro a tempo pieno e indeterminato il passaporto per accedere allo status di cittadinanza*”⁶⁰.

Por simple esquema de analogía y en consecuencia con todo lo que anteriormente se ha expuesto, la época postmoderna o *post industrial* viene caracterizada por un tipo de ‘*lavoro*’ atípico, y la condición de ‘trabajador para alcanzar la categoría de ‘ciudadano’ viene desplazada por la condición de

⁵⁸ “*While the capitalist society was founded on the centrality of production and its unlimited growth, the society envisaged by post war constitutionalism was based on labor as emancipative activity. This did not mean a comeback of the bourgeois society, whose idea was only to protect the individual against political despotism, too.*” Somma, Alessandro, *At the roots of European private law: social justice, solidarity and conflict in the proprietary order*, cit., p. 190.

⁵⁹ Rifkin, Jeremy, *La fine del lavoro*, Milano, Mondadori, 2002

⁶⁰ Romagnoli, U., *Desde el estado del bienestar hacia el estado del malestar?* Disponible en, www.fundacionsindicaldeestudios.org/comunes/temp/recursos/99928/857446.pdf

‘consumidor’, propia de un estado *post* democrático, que abandona el concepto clásico de la democracia como un *fin*, tal como se había comprendido hasta ahora, para convertirla en un instrumento al interno del espacio del mercado donde se verifica y reescribe la arena del ‘contrato social’. La retórica liberista se pronuncia sobre el principio de ‘soberanía del consumidor’ para no expresarse en términos de ‘soberanía de los mercados’; y se pronuncia en términos ‘democráticos’ de Estado de derecho para garantizar, desde el ordenamiento jurídico, la fluidez de las relaciones contractuales en el mercado (“socios de mercado”) como mecanismo fetichista postdemocrático contemporáneo en el cual se agota exclusivamente la voluntad popular.

Alessandro SOMMA describe cómo la cuestión de la ‘ciudadanía restringida’ continúa siendo un elemento retórico y consustancial a la cuestión económica, aún y a pesar de la pérdida de centralidad del trabajo productivo que viene desplazado por el acto del consumo; “*Perseveriamo insomma nel costruire la cittadinanza attorno a vicende di rilievo economico. Abbiamo abbandonato il riferimento alla proprietà, ma abbiamo assunto quello al lavoro prima e al consumo poi come elementi attraverso cui determinare l’inclusione nell’ordine.(...)Ora che il lavoro perde centralità ci apprestiamo a sviluppare forme di cittadinanza incentrate sul consumo. In tal modo l’ordine cui si tende torna a essere finalizzato alla sola promozione del mercato concorrenziale, e quest’ultima torna a divenire uno strumento di dirigismo politico. Il percorso dal fascismo alla cittadinanza europea è da questo punto di vista un percorso circolare, un ritorno al punto di partenza*⁶¹.”

En síntesis, así como en el siglo XIX el ‘individuo operario’ no era el ‘soberano del mercado laboral’ por cuanto existía al lado suyo una enorme masa de desocupados hambrientos, un ejército ‘de reserva’ alienado del circuito industrial productivo; así mismo, en el siglo XXI el ‘individuo consumidor’ no es el ‘soberano del mercado de consumo’ por cuanto existe una enorme masa de ‘no consumidores’ que subsisten por debajo del índice de pobreza, sin trabajo efectivo y sin posibilidades de recibir créditos para cubrir sus necesidades básicas, aún en un modo capitalista de gestión social que ha devenido más especulativo y más desregularizado, tanto en el mercado laboral como en el mercado financiero – especulativo.

En conclusiones, según lo visto en este apartado: La cooperación capitalista inter clases sociales que se promueve desde la filosofía corporativista de la ‘economía social de mercado’, a través de la actividad

⁶¹ Somma, Alessandro, *Economia di razza. Dal fascismo alla cittadinanza europea*, cit., p. 15.

corporativa de la Konrad Adenauer *Stiftung* en América Latina, es un mecanismo de pseudo socialización, de dominación colectiva y de enajenación individual, que se presenta siempre históricamente condicionado y se orienta al beneficio de la clase propietaria⁶².

Este sería el dilema: El sentido común que se promueve desde la práctica 'pragmática' de la economía social de mercado es el de la co-gestión de las necesidades comunes y la cooperación entre las clases sociales. En cualquier caso, se trata de alejar el 'conflicto social' por ser una vía más perjudicial de resolución de las diferencias. Pero sucede que en el transcurso del tiempo, se observa que la economía social de mercado no acerca las posiciones de clase en las diferencias de ingresos entre los sectores sociales, por cuanto no implementa un mecanismo de redistribución material de justicia sustantiva al interno del mecanismo de funcionamiento del mercado. Y ya se sabe que este último, reducido a implementar mecanismos de justicia conmutativa, es inmune al mecanismo de la justicia social. Se conoce, además, que el mecanismo fiscal subsidiario del Estado ordoliberal, y de modo particular en el caso latinoamericano, es insuficiente patrimonialmente para ser aplicado una vez que el individuo se encuentre en un estado de necesidad. La 'solidaridad vertical' como tipo de justicia redistributiva ordoliberal en América Latina es tanto necesaria como insuficiente.

De modo que la economía social de mercado promueve un equilibrio individual de 'supervivencia' económica 'mínima' que garantice la sostenibilidad del sistema, y que no puede ser interpretado como un estado de justicia social, por cuanto la nivelación que propone es hacia la 'precariedad' y no hacia un estado de satisfacción más equitativa. Entonces: ¿Qué se debe hacer si la 'pacificación', como resultado de la de la cooperación ordoliberal entre las clases sociales, se manifiesta como un mecanismo de dominación y favorece más a las minorías propietarias y opulentas que a las mayorías desposeídas y enajenadas – incluso enajenadas de su propia enajenación? Queda la pregunta, de poder saber: ¿Si la economía social de mercado se presenta como un orden económico que 'vende' un mal menor? La mágica fórmula 'irénica' de un capitalismo 'ordenado' se acerca peligrosamente a aquella

⁶² *"Il lavoro è posto al centro dell'ideologia corporativistica, ma è bandita una connessione cha (a partire dai primi socialismi) aveva tentato faticosamente di affermarsi: la connessione fra il lavoro e i diritti. Se per i liberalismi ottocenteschi i diritti fondamentali coincidevano con la libertà-proprietà e sembravano non aver niente a che fare con la realtà del lavoro, per i totalitarismi del Novecento è il lavoro produttivo a essere celebrato come strumento dell'integrazione autoritaria delle messe nello Stato, ma proprio per questo esso deve essere preservato da qualsiasi contaminazione con l'individualistico linguaggio dei diritti."*, Costa, Pietro, *Cittadinanza sociale e diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, cit., p. 28.

descripción del fascismo realizada por Petel REICHEL⁶³ en cuanto al placer de auto enajenación individual: “*Bajo el fascismo, la auto alienación de los hombres alcanzó aquel grado en el que ellos experimentan su propia destrucción como uno de los deleites estéticos más agradables. En esta situación se encuentra la conversión de la política en algo estético, a lo cual se dedicó el fascismo*”.

4 EL CONTRATO Y LA CONTRACTUALIZACIÓN DE LAS RELACIONES SOCIALES.

Si se asume, como observaba FOUCAULT, que ‘*legge e sovranità si tenevano l’una con l’altra*’⁶⁴, se debe inferir entonces que la transformación de las modernas y clásicas soberanías nacionales implica una sustancial modificación del concepto de Ley, y de la producción jurídica por antonomasia. En este sentido la contractualización de la producción normativa (legislativa) conlleva a la mutación de la idea de soberanía, y el sentido y alcance de la democracia, tal como se entendía hasta inicios de la década de los 90 del siglo pasado.

Todo el discurso desarrollado hasta este momento en el texto propone acercarse a comprender la complejidad del estrecho ligamen que vincula a la Política y al Derecho, como expresiones de dos universos, sociales y contiguos, que coinciden en la conformación y en la modulación de la expresión de la gobernanza global, de incierta definición y de compleja naturaleza, en tanto que no es propiamente una institución de tipo jurídica pero cuya naturaleza tampoco es exclusivamente de carácter político.

En todo este esquema discursivo corresponde detenerse en el proceso de contractualización de la sociedad – tanto nacional como internacional – y el sistemático abandono de la legislación como centro del ordenamiento jurídico, y la merma de la actividad del órgano legislativo como expresión de la representatividad política; todo lo cual converge en la continua transformación *post* moderna del Estado de Derecho clásico y convencional, y en la adulterada producción de instituciones jurídicas típicas de la democracia representativa.

La expansión de la gobernanza global como técnica de gestión del poder, puede equipararse con un proceso de indetenible ‘americanización’ de impronta estadounidense ‘*eterna controfaccia del anima occidentale continentale*’, en el cual – los Estados Unidos de América – la legislación nunca ha tenido

⁶³ Reichel Petel, *La hermosa apariencia del Tercer Reich*, cit., p. 78.

⁶⁴ Foucault, M., *Sicurezza, territorio, popolazione. Corso al College de France, 1977 – 1978*, Milano, Feltrinelli, 2005.

el rol preeminente y absorbente que le ha sido asignado en la Europa continental. Los Estados Unidos siempre se han caracterizado por una amplia diversidad de fuentes jurídicas y el acceso permitido de los actores privados en el proceso de producción y de reglamentación jurídica de la sociedad, vinculada al *judge-made-law* o a modalidades contractuales que han superado ampliamente los confines de las instituciones del derecho privado y se han convertido en un particular instrumento de regulación de las políticas públicas; todo lo cual le convierte – a los Estados Unidos de América – en la génesis de la incipiente fórmula de la gobernanza global ⁶⁵.

A la gradual modificación de las clásicas soberanías nacionales, y a la transformación de la concepción moderna del Estado de derecho asentada sobre los pilotes iluministas de la centralidad de la legislación y del órgano representativo del parlamento, la franca distinción entre Derecho público y Derecho privado, y por último, la división entre los poderes del Estado, se vienen a sumar nuevas características propias del nuevo orden en formación de la sociedad *post* moderna.

Una cuestión de máxima atención en cuanto a la transformación y la funcionalización del Derecho, modulado por la gobernanza de carácter supranacional, viene expresado por la concepción del *soft law* que abandona la concepción del Derecho como ‘estructura’ unitaria y coherente – más afín a la tradición iuspositivista –, para asumirlo como ‘función’ ⁶⁶, a partir de su eficiente capacidad de asegurar determinadas y variadas prestaciones – más afín al análisis económico del Derecho y al concepto de hegemonía en cuanto que prescinde de la regla jurídica de carácter imperativa y obligatoria – y expresión de una formulación jurídica que se corresponde con la complejidad de la globalización, que abandona la línea jurídica prescriptiva y se acerca a formulaciones comunicativas que cultivan el consenso y la cooperación – y prescinden del conflicto –. En este sentido, el *soft law* asume una función de socialización ideológica que le permite desarrollar una actividad persuasiva en beneficio de los intereses y sujetos económicamente fuertes ⁶⁷. Esta práctica de la gobernanza vinculada al *soft law* en cuanto a la búsqueda de nuevos canales de legitimación, incorpora nuevos procesos de decisión pública que se alejan de la típica representación política e incorpora nuevos sujetos que enriquecen su dimensión participativa, lo cual le permite situar en el centro de la gestión ordoliberal la cuestión comunicativa por la cual se adhiere de manera más intensa y cercana al territorio – local,

⁶⁵ Ferrarese, Maria Rosaria, *La governance tra politica e diritto*, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 24.

⁶⁶ Bobbio, Norberto, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, Comunità, 1977. p. 149.

⁶⁷ Mattei, Ugo, *The European Codification Process Cut and Past*, cit., p. 107.

subnacional, nacional, supranacional – incorporando a grupos de individuos y partes sociales anteriormente desoídos.

Cualquier consideración que se realice en la evolución sobre modelos de comportamiento humano, en sede de eficiencia económica, de especialización por el incremento de la división social del trabajo productivo y de igualdad formal bajo el prisma del individualismo postmoderno, coincide en la cuestión del ‘contrato’ como instrumento gubernamental y elemento formal más adecuado con el cual se puede hacer todo, o casi todo, tanto en la esfera pública como en la esfera de los comportamientos privados, reduciendo las diferencias formales entre las esferas y dando lugar a un confuso espacio híbrido y mixto de sobreposición entre los sectores públicos y privados, que responde a la lógica de juego de suma cero – todo espacio normativo y económico que ceda el sector público es absorbido inmediatamente por la red de los intereses y la dimensión contractual del sector privado –. Es evidente que el mecanismo de compraventa que tiene lugar durante la disposición de los bienes públicos que pasan a la esfera privada, es contractualmente y políticamente diferente, a aquel mecanismo de expropiación que tiene lugar cuando los bienes privados pasan a la esfera pública.

El contrato jurídico como forma normativa por excelencia de la gobernanza, y la práctica de la contractualización privada del universo de las relaciones sociales con la cual se erosiona el poder normativo legislativo, adquiere el peso y la significación de la forma jurídica de la ley para vincular y gobernar de manera inédita el *nexum* de los intereses privados con los sujetos públicos. De este modo, la solución jurídica contractual no se reenvía a un criterio normativo pre establecido y vinculante de relaciones, sino que a través de un proceso de reciclaje de los elementos de la cultura y de la tradición occidental en el contexto global, el contrato jurídico responde a una renovada relación dinámica e interactiva que vincula a los intereses individuales privados con los sujetos sociales, en un ligamen recíproco de interacciones cooperativas, continuadas en el tiempo, de acciones relativamente pacificadas de ‘recomposición autonormativa’ de sujetos en potencial conflicto, que le conceden una significación y una finalidad que abiertamente supera la función económica de la redistribución social de la riqueza, para centrarse en un tipo de solidaridad contractual que deviene orgánica – en términos de DURKHEIM – ⁶⁸ que garantice una consolidación en la estructura de la sociedad orientada hacia un ‘*private ordering*’.

⁶⁸ Durkheim, Émile, *La división social del trabajo*, Tesis doctoral, 1893.

Este punto anterior es significativo para las conclusiones del estudio de esta tesis, por cuanto por un lado, permite conectar las ideas expuestas anteriormente en cuanto a la gobernanza judicial – derecho judicial – y a la gobernanza contractual – derecho contractual –, y por el otro, considerar la confusión de los espacios públicos y privados que vincula los servicios públicos y los intereses privados. De modo que de la síntesis de ambas cuestiones se traduce en la eterna aproximación y la búsqueda de una estrategia funcional de ‘terza via’ como dispositivo de pacificación social y de conservación sistémica, ahora gestionado desde la institución y el concepto de la gobernanza global en un mundo interconectado e interdependiente a través de ‘nuevas reglas del juego’, que se aleja de la concepción política–democrática del Estado para acercarse a la consideración del Estado como sujeto privado económico–emprendedor–regulador, orientado a ordenar, disciplinar y normalizar los comportamientos humanos en sentido de la lógica utilitarista y conservacionista del modelo ordoliberal⁶⁹.

La ‘tercera vía’ es un modo de gestionar las relaciones sociales desde una perspectiva sistémica, integral y estratégica en la cual confluyen todos los detalles y todos los aspectos de la realidad social para ser conducidos, sintetizados y reducidos a una lógica binaria orientada a los resultados, según el criterio de costes / beneficios económicos privados, *versus* la sostenibilidad del entorno social, y en la cual se difumina, continuamente, la responsabilidad política ofuscada por la creciente participación de actores privados S.A. que se representan como partes, en relación de igualdad formal contractual, con los sujetos públicos; todo lo cual está estrechamente vinculado con la desterritorialización de los órganos de poder en ‘networks virtuales’ y en la continua separación entre los centros productores de bienes y de servicios, y los centros de toma de decisión, cuyas responsabilidades no están sujetas a ninguna jurisdicción estatal en particular, o como es más común en la realidad global, responden a una competencia entre ordenamientos jurídicos diversos y en confrontación que ha venido a denominarse bajo la fórmula de ‘shopping giuridico’⁷⁰ como fuente de nuevos instrumentos elusivos de los operadores globalizados en un entorno neofeudal. Para lo cual, con mayor insistencia y en mayor

⁶⁹ “Il diritto infatti distribuisce potere e risorse, determinando l’identità concreta dei soggetti. Insomma il diritto non stabilisce soltanto le regole del gioco, ma distribuisce la posta ai giocatori e ne determina perfino l’identità. Anche quando le decisioni giuridiche sembrano essere affidate a fattori “esterni” come accade quando si invoca il mercato o la libertà individuale, non si può negare il ruolo che svolge la regolamentazione giuridica nella costruzione del primo e nella determinazione dei margini della seconda.”, Marini, Giovanni, *Diritto e politica. La costruzione delle tradizioni giuridiche nell’epoca della globalizzazione*, cit., p. 7.

⁷⁰ Galgano, Francesco, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Il Mulino, 2005.

extensión, los pronunciamientos de las cortes de justicia en cuanto a determinar y asignar la competencia judicial, se corresponden con un análisis de impacto de los potenciales efectos económicos dañosos derivados de la aplicación de las normas jurídicas de los ordenamientos nacionales diferentes; privilegiando en su decisión la competitividad y la eficiencia de las empresas que consolidan los mercados nacionales y que tengan suficiente proyección global para el juego de los intereses económicos en el plano internacional. En este sentido, las cortes de justicia y la actividad judicial también se comportan como ‘agentes económicos’ distribuyendo los costes y los beneficios de la regulación de los marcos de los procesos económicos: *“il diritto non possa essere considerato soltanto sotto il profilo della sanzione, ma anche come un prezzo da pagare o un costo da sopportare”⁷¹.*”

Existe realmente un estrecho vínculo entre el pensamiento utilitarista y el modo totalitario de gestionar una sociedad que pretende prescindir de las diferencias individuales y de las libertades personales: *“El modo más natural de llegar al utilitarismo (aunque no es ciertamente el único modo de hacerlo), es adoptar para la sociedad, como un todo, el principio de elección racional del individuo. Una vez que esto se reconoce, se entiende fácilmente el lugar del espectador imparcial así como el énfasis en la simpatía hacia la historia del pensamiento utilitarista, puesto que es mediante la concepción del espectador imparcial y el uso de la identificación simpática guiando nuestra imaginación, como el principio de un individuo se aplica a la sociedad. Este espectador es concebido como llevando a cabo la requerida organización de los deseos de todas las personas en un sistema coherente de deseos. Y por medio de esta construcción muchas personas son fundidas en una sola”⁷².*

Téngase en cuenta, además, la crítica formulada en sus conclusiones por el profesor MARTÍNEZ GARCÍA, a la cuestión de la elección racional como elemento explicativo del comportamiento humano individual, incapaz de expresarse a través de la colectividad de una manera racional y sostenible: *“La elección racional, entendida como un posible desarrollo weberiano (esto es, una reconstrucción racional de la acción) puede funcionar adecuadamente en entornos de interdependencia y certidumbre, y con ciertos reparos, en otros ámbitos donde la teoría es indeterminada, como en situaciones estratégicas. Su mayor fallo es la dificultad para percibir lógicas sociales, racionalidades*

⁷¹ Marini, Giovanni, *Diritto e politica. La costruzione delle tradizioni giuridiche nell’epoca della globalizzazione*, cit., p. 6.

⁷² Rawls, John, *A Theory of Justice*. 1972. (Traducción española *Teoría de la Justicia*). pp. 9, 40 y 214.

sustantivas, estudiar el sentido de las prácticas sociales. Esto se manifiesta en el seno de este programa de investigación como problemas de la determinación de las preferencias y de la génesis de las normas sociales. Una perspectiva que sólo entienda la explicación social recurriendo a tipos individuales, difícilmente puede dar cuenta de las distintas racionalidades económicas de tramperos anglosajones e indios, por volver a un ejemplo ya apuntado⁷³.”

De modo que privilegiando la igualdad jurídico formal entre los sujetos, a través del mecanismo de la ‘corrección de la información’, y colocando en el centro de la organización de las relaciones jurídicas privadas al ‘contrato jurídico’, se desvalorizan y quedan al margen de la atención las cuestiones relativas a las características socioeconómica de los contrayentes y el carácter jerárquico–potestativo de las relaciones de consumo.

5 LA AUTOGESTIÓN INDIVIDUAL ENTRE LA COOPERACIÓN Y LA SOLIDARIDAD. EL COMPORTAMIENTO ‘DESCENDIENTE’.

La ‘aparente esquizofrenia’ del simbólico sujeto ordoliberal occidental, capaz de unificar las distintas significaciones de sus actos y de sus inconsistentes *yoes* – conjuntamente competitivo y solidario –, se resuelve en la doctrina a partir de la respectiva compartimentación y la fragmentación de sus actividades y de su tiempo. Realizada esta conversión psicosocial, no tanto de la relatividad física como sí de la interiorización y de la relativización de los valores morales, es posible alcanzar *la paz* interior del sujeto naturalizado y biopolíticamente reabsorbido por ‘el sistema del mercado’, que objetiva su comportamiento y elimina su historicidad, de modo que se comportará diversamente según el momento en que se encuentre y el lugar en que se halle – se comportará alternativamente, bien competitivamente o bien solidariamente – con lo cual, a *la fine*, se produce su aceptación a la adaptación al entorno ordoliberal, todo lo cual es enormemente funcional al modelo económico organicista, en tanto y en cuanto, se desdibuja el individuo como agente capaz de construir y de modificar su propia historia. “*El miedo es la disciplina de una sociedad capitalista, y actualmente muchas personas lo tienen*”⁷⁴.

⁷³ Martínez García, José Saturnino, *Tipos de elección racional*, cit., pp. 173 - 174.

⁷⁴ George, Susan, *Sus crisis, nuestras soluciones*, cit. p. 189.

Desde la teoría sociológica del interaccionismo simbólico⁷⁵, el drama psicosocial individual y colectivo es sólo aparente, por cuanto las capacidades y el entrenamiento del individuo en un entorno ordoliberal, a través del tiempo, le permiten aprehender capacidades generales y representar ambas partes del drama competitivo – solidario, siendo capaz de desempeñar con peculiar plasticidad ambas funciones y de asumir la conducta esperada de cada uno de los roles en cada momento social⁷⁶. Esto es posible realizarlo, individualmente y colectivamente en un contexto ordoliberal, facilitado por el hecho de que los roles del ‘drama solidario – competitivo’ no son meramente complementarios, sino que presentan ciertos paralelos y semejanzas notables – más aún si se considera una ‘solidaridad embebida de la competitividad ordoliberal que deviene en forzada cooperación’ –. Por otro lado, el ajuste y la compenetración entre los roles se logra desarrollando una particular concepción de la cultura narcisista y una sensibilidad de cooperación que facilite el intercambio de los papeles representados, facilitando, por ende, la adaptación funcional de un individualismo ‘plural’⁷⁷.

Considerando que para el individuo – empujado por la enorme presión de la competencia sistémica que condiciona la propia movilidad social – lo esencial, lo intuitivo y lo decisivo, al menos, es mantener determinada situación de aceptación social que garantice su existencia, se le impone entonces para lograrlo que las asimetrías y las diferencias de grados, entre los roles solidario y competitivo, se mantengan en los límites cotidianos de la mera existencia... ¿humana?⁷⁸.

El ordoliberalismo en particular – aunque cualquier otro sistema consolidado de gestión del poder –, luego de cancelar sistemáticamente y paulatinamente muchos de los principales elementos de conflicto característicos de la modernidad, fuerza a mantener ese equilibrio mínimo conservacionista individual que cancela por necesidad – y no por elección consciente o por la libre voluntad – la vulnerabilidad de los roles por separado, a modo de garantizar la continuidad de la individualidad social cotidiana a

⁷⁵ Blumer, Herbert, *El Interaccionismo Simbólico: Perspectiva y método*. 1969. Editorial Hora, Barcelona. 1982.

⁷⁶ “Las personas son capaces de introducir estas modificaciones y alteraciones debido, en parte, a su capacidad para interactuar consigo mismas (concepto self), lo que les permite examinar los posibles cursos de la acción, y valorar sus ventajas y desventajas relativas para luego elegir uno.”, Blumer, Herbert, *El Interaccionismo Simbólico: Perspectiva y método*. cit., p. 67.

⁷⁷ Ferrarese, Maria Rosaria, *La governance tra política e diritto*, cit., p. 97.

⁷⁸ “En todo individuo está presente, aunque sea débilmente, tanto la conciencia de su integración en el sistema de dominación como el deseo de liberación.”, Touraine, Alain, Khosrokhavar, Farhad, *A la búsqueda de sí mismo. Diálogo sobre el sujeto*, cit. p. 132.

través del intercambio continuo entre las funciones competitivas y solidarias. En buena medida, intentando seguir a TOURAINE, la autocreación individual responde a una ‘forzatura’ del sistema: “*L’affermazione creativa del soggetto, nel cuore della modernità, resiste all’organizzazione sociale. Se, nel passato, l’individuo era determinato dal ruolo che aveva nella società, oggi sfugge ai determinismi social nella misura in cui è un soggetto autocreare*”⁷⁹.

Quizás, lo más llamativo del pensamiento organicista ordoliberal radica en el nivel y el grado de intensidad con que el ‘funcionalismo social’⁸⁰ se integra a la práctica social cotidiana – política y económica – cual ejercicio biopolítico y bioeconómico ‘natural’, forzando el sentido y el contenido de la autocreación individual, al punto de pretender ‘desnaturalizar’ los valores históricos y espirituales de la especie humana, para canalizar su energía vital y su comportamiento subjetivo según las exigencias económicas y sistémicas productivista; con lo cual mantiene la vigencia aquel postulado *foucaultiano* que concebía al ser humano como forma cual recipiente, carente de una esencia dada. “*La enorme presión y la responsabilidad que viene proyectada sobre los individuos, mientras se transforman en sujetos ‘isolati’, presas de una incurable ‘solitudine’, hace recaer sobre ellos el incremento del riesgo de transformarse en posibles descartable*”⁸¹.

Es trascendente para el discurso de esta tesis dejar establecido que no existe contradicción alguna entre las nuevas formas individualistas, proyectadas desde la cultura liberista y la concepción organicista y corporativa de la sociedad, según la corriente del ordoliberalismo, pues ambas se funcionalizan desde el Derecho en aras de la implementación de las técnicas de gobernanza, que priorizan la composición y el consenso de los intereses privados por encima de una concepción liberadora emancipadora de la actividad social de los individuos organizados colectivamente.

El neo individualismo liberista es funcional a una economía corporativista, sostenida sobre la retórica de los beneficios de la liberalización del mercado mundial, cada vez menos redistributivo socialmente

⁷⁹ Touraine, Alain, *La globalizzazione e la fine del sociale. Per comprendere il mondo contemporaneo*, Milano, Il Saggiatore, 2008. p.117.

⁸⁰ “*Si badi paraltro che il método funzionalista si differenzia dal funzionalismo tout court (...). Non a caso il funzionalismo è ritenuto uno strumento di pacificazione sociale, tutto volto a ‘vedere come una società funziona’, laddove il método funzionale tende piuttosto a mettere in luce ‘come non funziona’. E non a caso si reputa che il funzionalismo miri innanzi tutto a occultare in chiave conservatrice i conflitti in nome della coesione sociale e dello sviluppo del sistema, ovvero di essere ‘funzionale al ordine costituito’.*”, Somma, Alessandro, *Economia di razza. Dal fascismo alla cittadinanza europea*, cit., p. 24.

⁸¹ Ferrarese, Maria Rosaria, *La governance tra política e diritto*, cit., p. 97.

y geográficamente, que derresponsabiliza a las estructuras del poder político, nacionales y globales, a través de un mecanismo de conjunción de intereses mancomunados o de promoción de una ‘cultura de la solidaridad de los intereses privados’. En este sentido, la tradición jurídica occidental se presenta como “*la cuna de la regla, según la cual, la responsabilidad es individual y no de grupo; regla de la cual se deriva el reconocimiento de la intangibilidad de la esfera privada como valor, y en consecuencia, la estructura de tutela que ha sido perfeccionada con referencia al derecho de propiedad privada*”⁸².

Según Martín O’CONNOR, se está dando un cambio cualitativo en la forma en que el capital se desarrolla entre el segundo y el tercer milenio; si con la modernidad capitalista pudo hablarse de la progresiva conquista semiótica de la vida cultural y social producida por el siglo XVIII, con la expansión del capitalismo industrial legitimado para explotar la naturaleza humana en nombre del progreso y de la civilización, en estos tiempos que corren, la naturaleza misma forma parte consustancial del propio desarrollo del capitalismo, que forzando sus propias fronteras, succiona hacia sí lo que antes consideraba sus márgenes⁸³. De forma más literaria: “*Ya no hay amenazas en nuestras fronteras, pero tampoco hay fronteras para nuestras amenazas*”⁸⁴.

- EL COMPORTAMIENTO ‘DESCENDIENTE’.

El ordoliberalismo al forzar el comportamiento individual y colectivo, ora competitivo y eficiente, ora cooperativo y responsable, persigue superar aquel postulado destructivo que HOBBS lo resume con la expresión latina “*homo homini lupus*” (el hombre es un lobo para el hombre) que asume el modelo liberal del *homo oeconomicus*.

Superar definitivamente el modelo de comportamiento social del *homo oeconomicus*, implica conformar un ‘ambiente sostenible de predadores y de víctimas por elección’ conviviendo en un mismo espacio – un símil válido para la convivencia de modelos de especies de emprendedores y de consumidores –⁸⁵. Superar el *homo oeconomicus* implica superar la lógica conflictual e implica

⁸² Somma, Alessandro., *Introducción crítica al Derecho europeo de los contratos*”, cit. p. 15.

⁸³ O’Connor, M., *On the Misadventures of Capitalist Nature*, en *Capitalism, Nature, Socialism*, Vol. 4, no. 4, 1993.

⁸⁴ George, Susan, *Sus crisis, nuestras soluciones*, cit. p. 187.

⁸⁵ “(...) la única fuerza que los une y los pone en relación es la fuerza de su egoísmo, de su provecho personal, de su interés privado. Precisamente por eso, porque cada cual cuida solamente de sí y ninguno vela por los demás,

consolidar la lógica de la ‘cooperación’ bajo la presión de la competitividad, que daría paso a un nuevo modelo de comportamiento humano, un *neo homo*, que se ha bautizado en el texto como *homo ordoliberal* y que no puede interpretarse axiológicamente como un salto evolutivo de la especie humana.

En términos de SLOTERDIJK se estaría modelizando un comportamiento ‘descendiente’: “*Para la era metafísica, tendía a ser cierta la afirmación pascaliana de que el hombre asciende interminablemente más allá del hombre: en esa época, nada era tan intenso como el sentimiento de que el hombre no era todavía aquello que podía ser y que la escala de su sublimación no tenía techo. En el período postmetafísico, la imagen es más bien la de que el hombre desciende por debajo del hombre; hace esto con un aire de legitimación, puesto que otros lo fuerzan a entrar en competencias para llegar más abajo que ellos. Hasta ahora sólo una minoría es consciente de que, con la tecnología postclásica, así como con las artes auténticas, la mejor competencia ya ha comenzado*⁸⁶.”

La práctica bioeconómica de la ‘concepción organicista de la sociedad’ supera el postulado marxista en cuanto a considerar que la aniquilación de la especie humana vendrá desde ‘el externo’ del ser individual, por cuanto traslada el campo de batalla social ‘al interno’ del propio cuerpo humano que debe librar su propia batalla por su supervivencia y su continuidad como individuo social integrado en el contexto dado⁸⁷. La degradación metafísica del ser humano a objeto de utilidad, y una vez asimilado el individuo a ser una parte alícuota del dinámico engranaje del mecanismo sistémico del mercado, conlleva a la aniquilación de su capacidad de elección y de transformación social para tener que invertir todas sus energías en acondicionarse, bajo su propia responsabilidad – *architetto della sua vita*

contribuyendo todos ellos, gracias a una armonía preestablecida de las cosas (...), a realizar la obra de su provecho mutuo, de su conveniencia colectiva, de su interés social”, Conill J., *El enigma del animal fantástico*, Tecnos, Madrid. 1991. pp. 37-38.

⁸⁶ Sloterdijk, Peter, *El hombre operable*, cit., p. 22.

⁸⁷ “*Hay conductas que no son de participación o de no participación, sino de subjetivación o de desubjetivación. Ahora bien, esta última es mortífera: Como la anomia, también ella lleva al suicidio. Hay muchas causas del suicidio. El individuo se suicida porque está fuera del sistema de normas o porque se halla atrapado entre dos normas contradictorias. Pero también se suicida porque no logra asumir una carga de subjetivación demasiado pesada, y de este modo cae en una desubjetivación cuyo resultado es más dramático que una participación mínima. O bien se adhiere a un sistema de dominación y se vuelve un sinvergüenza, o bien se autodestruye. Y muchos discursos recubren de una finísima capa de cinismo una gran desesperación.*”, Touraine, Alain, Khosrokhavar, Farhad, *A la búsqueda de sí mismo. Diálogo sobre el sujeto*, cit. pp. 133 – 134.

–, a la movilidad de las exigencias del medio económico⁸⁸. Un medio siempre hostil, cambiante y en movimiento que exige la atención y la energía constante sobre sí mismo, so pena de provocar la auto destrucción personal. Lo expuesto, siempre en detrimento de una visión lúcida sobre la posibilidad de ejercer una acción transformadora, individual y colectiva, sobre el entorno social.

A *la fine*, en la versión liberista todo concluye reduciendo el comportamiento humano a ser una mera cuestión de autogestión, individual y colectiva, de las perspectivas solidaria y competitiva – eventualmente intercambiables – de la realidad social, desde la estrechez de los márgenes de la propia gestión individual, funcionalizada y actualizada del *neo homo – oeconomicus* como modelo ordoliberal, por cuanto la producción de ‘la identidad ordoliberal es una sola’, y siempre es funcional al circuito económico⁸⁹. No existe una *vera* elección personal en la libertad ordoliberal, sólo existe la adaptación a la necesidad económica y a la dependencia sistémica⁹⁰. “(...) *così trasformando l’identità umana da una cosa data in un compito affidato a ogni individuo*”⁹¹, el estado y la organización social se desembarazan de la responsabilidad sobre el conjunto de la comunidad.

Lo anteriormente descrito en cuanto la reformulación de la subjetividad individual por la *forzatura* homogenizante del entorno social cultural se puede expresar en términos de DURKHEIM en cuanto al primado de un tipo de ‘solidaridad mecánica’, por cuanto la división social del trabajo productivo que promueve la solidaridad postmoderna, acentúa el rol del consumidor de manera generalizada para la mayoría de la población; de este modo: “*La solidaridad que deriva de las semejanzas alcanza su máximo cuando la conciencia colectiva recubre exactamente nuestra conciencia total y coincide en*

⁸⁸ “*il meccanismo concorrenziale, in quanto costituisce «la soluzione al problema del l’ordine economico», conduce a «risolvere completamente i problemi sociali più importanti». Giacché esso «non tollera la conservazione della stratificazione sociale», è «l’ordine fondato sull’ascesa e la discesa sociale misurata sulle prestazioni e il rendimento individuali», Somma, Alessandro, L’economia sociale di mercato / 1. Il fascino della terza via: Torna di moda un passato mai passato. cit, p. 9.*

⁸⁹ “*La elección entre una aprehensión total del yo y una total pérdida de éste le resulta tan imposible como la elección entre una concentración [Sammlung =(re)colección] y una dispersión totales. Es más bien, en todo caso, una posibilidad regional de apertura y una posibilidad local de concentración. El hombre es un punto relativamente intenso de recolección - concentración de poder y verdad, pero no un omnicolector. (...) Por otra parte, este estado de cosas puede ser expresado en un lenguaje nietzscheano si decimos que el hombre es un vector de fuerza, o una concentración, o una posibilidad de composición.*”, Peter, Sloterdijk, *El hombre operable*, cit., p. 13.

⁹⁰ Goffman, Erving, *Estigma. La identidad deteriorada*, cit. pp. 155 – 161.

⁹¹ Ferrarese, Maria Rosaria, *La governance tra política e diritto*, cit., p. 97.

todos sus puntos con ella; pero, en ese momento, nuestra individualidad es nula".⁹² Con lo cual se confirma toda preocupación, *anche lontana*, de conformación de sociedades cerradas y totalitarias, compuestas por individuos cerrados y domeñados.

Se llega entonces a un simbólico 'sujeto ordoliberal' global, que cree haber prestado conscientemente su consentimiento informado como condición suficiente para que el acto de consumo no se convierta en una mera manifestación arbitraria, sino en un acto de conocimiento racional, reflexivo, meditado, calculado y deliberado que manifieste la actitud necesaria para el nacimiento de una nueva era de progreso y de paz social, acorde al nuevo milenio de la Humanidad. Un sujeto simbólico que está 'constitucionalmente' dotado en su diaria y sistémica interacción social de todos aquellos atributos provenientes de la Ilustración liberal ochocentista – derechos de libertad individual, de igualdad formal contractual y de autonomía personal –, y que incorpora ahora la capacidad apprehendida en el ocaso del vigésimo siglo de nuestra era, de ser 'eficientemente solidario' como un elemento importante para lograr una 'auto resocialización cooperativa global', que deje atrás la búsqueda de la confrontación como método de resolución del conflicto y vía de acceso para alcanzar el desarrollo y la superación humana, en el sentido del progreso de la civilidad.

La propuesta *kasiana* del diálogo cooperativo como método de resolución ordoliberal apunta además, instrumentalizadamente, a la salvaguarda de la especie humana. De este modo incorpora un elemento axiológico al pensamiento sistémico y a la práctica ordoliberal, que unido a la funcionalizada lucha contra la exclusión social y la marginación de la pobreza extrema, representa una de las estrategias centrales, y funcionales al mantenimiento del orden social establecido⁹³. 'De este modo, la paz, la vida y la muerte postmodernas devienen en instrumentos cooperativo(s) de estados corporativizados'⁹⁴.

La cooperación social, en el esquema ordoliberal, no deviene de una opción de la voluntad personal o colectiva. El sistema ordoliberal de valores morales, según su versión organicista de la sociedad, fuerza y construye socialmente un entramado de dependencias mutuas y condicionantes que nace del cuadro jurídico normativo e institucional que debe promover una especialización del trabajo productivo, que a su vez debe garantizar la eficiencia económica y el progreso material. Una vez

⁹² Durkheim, Émile, *La división social del trabajo*, Tesis doctoral, 1893.

⁹³ Zemelman, H, *La Historia se hace desde la cotidianidad*, 1999.

⁹⁴ Foucault, Michel, *La volontà di sapere (1976)*, Milano, Feltrinelli, 1988. pp. 120 y ss.

llegado a ese punto del constructivismo social, por supuesto de matriz funcionalista y totalitaria, la opción de la mutua cooperación social deviene en una verdadera y real necesidad.

La expresión ‘cooperación’ en sentido ordoliberal debe entenderse en el sentido de ‘construcción de una coacción mutua y asimétrica’.

II PARTE – MANIFESTACIONES CONTEMPORÁNEAS DEL ORDOLIBERALISMO.

CAPÍTULO 4 LA PRODUCCIÓN DE LA SUBJETIVIDAD ORDOLIBERAL. SU ESENCIA DISCRIMINATORIA.

Sumario: 1 Dialogando, pacificando y post neo colonizando a América Latina. 1.1 El Chile de Pinochet y Milton Friedman ordoliberal. 2 Opciones contestarias de subjetivación. 3 El conflicto como catalizador de nuevos esquemas de cooperación. 4 La cultura nacional reducida a costos de transacción contractual. 4.1 El racismo y la cuestión de nuevas identidades. 4.2 Indicadores – *economic performance* – del Banco Mundial.

CAPÍTULO 4 LA PRODUCCIÓN DE LA SUBJETIVIDAD ORDOLIBERAL. SU ESENCIA DISCRIMINATORIA.

La actividad del libre mercado, desde la perspectiva del liberalismo clásico y del neoliberalismo en sentido estricto, es considerado un sistema de transmisión ‘neutral’ respecto a los fines, considerando que el mercado no es tanto el sistema de producción y de distribución de los recursos más eficiente que se conozca, sino también el resultado de un largo proceso cultural que permite satisfacer las ‘expectativas subjetivas’, independientemente de las decisiones y del control del poder político

¹. El éxito y promoción de este enfoque radica en la *aceptación* interdisciplinaria y transversal que ha encontrado entre las diferentes tendencias políticas y credos ideológicos, y la recepción *asumida* de una manera ‘natural’ por el Derecho privado.

La producción social de la subjetividad – individual y colectiva – es un proceso constante, indetenible y complejo. ‘Constante’ en cuanto a que no es dado determinar voluntariamente si se produce, o no, el resultado subjetividad; ‘indetenible’ por cuanto siempre socialmente se produce subjetividad en los sujetos activos como el resultado implícito y reflexivo – la retroalimentación de sus propios actos – de las relaciones sociales. La ‘complejidad’ de su producción radica en la dificultad de determinar cuánto y en qué dirección se realiza esa subjetividad ²– la incerteza en cuanto al valor medible subjetivo producido por la relación social que ha incorporado al sujeto en cuestión, y su dirección social –.

La actividad de la Konrad Adenauer *Stiftung* tiene la misión de trasladar e incorporar, a la identidad política latinoamericana, los valores ordoliberales de la gestión capitalista, en un largo, pausado,

¹ Somma, Alessandro., *Introducción crítica al Derecho europeo de los contratos*”, cit. p. 13.

² Hardt, Michael, *La sociedad Mundial de Control*, cit., p.8.

amplio y prolongado proceso de aculturación social, siguiendo las pautas de deterioro de identidades autóctonas, y de corrupción – reconfiguración de subjetividades nativas, en un natural proceso de contacto intercultural que se apoya en la ingente multiculturalidad mundial facilitada por los medios tecnológicos de comunicación, asociados a un proceso de globalización cultural de los valores occidentales.

Este proceso de aculturación con matices colonialistas, que desarrollan tantas ONG en América Latina, incluida la Konrad Adenauer *Stiftung*, se describe en este texto como un proceso discriminatorio que conserva el carácter racista, biológico y espiritual, de antaño; dando continuidad tanto a una lógica jerarquizada según el peso de los intereses económicos y geopolíticos, como a una diferenciación cultural que alimenta medidas de eugénica, tanto positivas como negativas³. Siguiendo los propios principios programáticos del partido Unión Demócrata Cristiana⁴, la actividad de la Konrad Adenauer *Stiftung* en América Latina no se desvía en su operatividad, ni un sólo instante, de los ingentes intereses económicos y geoestratégicos estatales de la República Federal Alemana⁵.

De este modo, la política corporativa de la Konrad Adenauer se orienta, ante la pluralidad de subregiones y espacios locales al interior del continente latinoamericano, a la necesidad de establecer una diferenciación en las dinámicas sociales y al interno de los diversos subsistemas nacionales, de modo que se pueda mejorar la eficacia de su actividad a través de la optimización de la relación entre

³ “*In altre parole il razzismo ‘e sempre biologico e spirituale insieme, mira sempre alla segregazione e nello stesso tempo all’annientamento, persegue quindi logiche in parte gerarchica e in parte di differenziazione, alimentando misure di eugenetica sia negativa, sia positiva.*”, Somma, Alessandro, *Economia di razza. Dal fascismo alla cittadinanza europea*, cit. p. 12.

⁴ “*Nuestras convicciones político-económicas se encuentran crecientemente en competencia con las acciones de Estados que tratan de imponer objetivos económico estratégicos nacionales a través de una intervención activa. También queremos convencer a estos Estados de la conveniencia que tiene para ellos la competencia libre y justa, y queremos fortalecer el marco de ordenamiento internacional. Pero mientras dominen condiciones de competencia distorsionadas y nuestros intereses nacionales se encuentran amenazados en áreas de una importancia estratégica central, puede ser legítimo imponer estos intereses a través del actuar propio del Estado. Sin embargo, en caso de duda, la libertad del mercado debe tener la preferencia.*”, El programa de bases programáticas, aprobado por la Convención nacional de la Unión Demócrata Cristiana de Alemania (CDU), en Hannover, 3-4 de diciembre de 2007. cit., p.34.

⁵ “*En vista de esta vocación exportadora, Alemania está interesada en la existencia de mercados abiertos y en el aumento de la demanda para sus productos, de manera que la cooperación internacional ofrece también posibilidades para fortalecer a otras economías para que finalmente estén en capacidad de importar productos y servicios alemanes. De esta manera, un gran porcentaje de los fondos destinados por Alemania a la cooperación internacional, se consideran una inversión que ofrece grandes beneficios.*”, Fernández, Rocha Gabriela, *Relaciones Colombo - Alemanas: Análisis de la Cooperación Internacional en términos de las lógicas de funcionamiento de las fundaciones cercanas a Partidos Políticos. Caso de Estudio: Fundación Konrad Adenauer en Colombia*, p.16.

la inversión financiera realizada y el impacto político alcanzado. La Konrad Adenauer Stiftung, siguiendo tanto las indicaciones estatales del Ministerio Federal de Cooperación Económica y Desarrollo⁶, como de la Unión Demócrata Cristiana alemana, ha establecido prioridades para el MERCOSUR, la América Central y los países Andinos; así como prestar una atención particular orientada hacia Chile, Brasil⁷ y México por la importancia y el peso específico de sus economías en la región⁸.

⁶ “La definición de áreas prioritarias de la cooperación, propugnada en los últimos años, la progresiva implementación de la “cooperación de una sola pieza” y el decidido apoyo a las contrapartes con orientación a los procesos y resultados han contribuido a la eficacia y al afinamiento del perfil de la cooperación alemana. Las contrapartes y los demás donantes están ahora más al tanto de la filosofía de la cooperación alemana y sus fortalezas. todo ello – aunado a una imagen positiva de Alemania, incluso durante las etapas en que algunos países cuestionan críticamente a los donantes procedentes de países industrializados y en que se adoptan enfoques más autónomos – da como resultado un alto grado de aceptación, una sólida demanda y buenas perspectivas de éxito para la futura cooperación bilateral con América Latina y el Caribe. En este sentido, los vínculos sociales y políticos entre Alemania y América Latina han sido siempre muy estrechos. gracias a ellos, la cooperación no gubernamental con América Latina – a cargo de las entidades ejecutoras privadas, las Iglesias y las fundaciones políticas alemanas – sigue siendo particularmente intensa y resulta muy apropiada para impulsar temas importantes en el diálogo político con América Latina.”, Ministerio Federal de Cooperación Económica y Desarrollo – BMZ -, *Estrategia de la cooperación para el desarrollo con los países de América Latina y el Caribe*, cit., p.17.

⁷ “La tradicional incapacidad de los sectores de la izquierda y centro-izquierda para constituir una alianza, siquiera electoral, para poner coto a las ambiciones de la derecha, conspiró en contra de la construcción de dicha alternativa. En el caso del Brasil, en cambio, su gravitación internacional, su enorme extensión geográfica, el tamaño de su población, y la complejidad de su estructura económica, hacen que un presidente instalado en Brasilia cuente con un margen de maniobra inimaginable para cualquier otro de la región. Si Brasil no pudiera salir de la trampa del neoliberalismo y ensayar la aplicación de políticas post-neoliberales, ¿quién podría hacerlo?”, Borón, Atilio A., *Estado, capitalismo y democracia en América Latina*. cit., p. 20.

⁸ “América Latina es un socio económico y comercial importante y se ha convertido desde hace décadas en un emplazamiento significativo para las inversiones alemanas. La importancia estratégica de la región como exportadora de materias primas (minerales, petróleo) y productos agrícola-las/agroindustriales (alimentos y piensos, agro combustibles) ha crecido considerablemente en los últimos años. Por otro lado, la posición de la región como importadora de bienes y servicios europeos seguirá fortaleciéndose en función del futuro desarrollo económico y la integración económica política a nivel regional. Debido a las inversiones de la industria automovilística en México y Brasil, elevadas en particular durante los años 70, los activos alemanes ascienden hoy en día a más de 40 mil millones de US-dólares, con lo cual Alemania ocupa el tercer lugar como socio comercial luego de los Estados Unidos y España. En los últimos tiempos, las inversiones en la extracción de materias primas – sobre todo de empresas chinas – han atraído la atención pública.”, Ministerio Federal de Cooperación Económica y Desarrollo – BMZ -, *Estrategia de la cooperación para el desarrollo con los países de América Latina y el Caribe*, cit., p.8.

1 DIALOGANDO, PACIFICANDO Y POST NEO COLONIZANDO AMÉRICA LATINA.

EL CHILE DE PINOCHET Y M. FRIEDMAN ORDOLIBERAL.

En el mejor de los casos, la labor estratégica global de difusión metodológica y de aplicación del conocimiento ordoliberal, realizado por la Konrad Adenauer *Stiftung* a modo de titular de la ‘comunidad epistémica ordoliberal latinoamericana’, contribuye a prevenir los estallidos sociales, gestionando el conflicto, absorbiendo y neutralizando la contradicción y reorientando la pacificación social de los estratos que crónicamente sufren más las condiciones de injusticia del inicuo orden imperante de distribución capitalista de la riqueza social, como origen que condiciona luego el resto de las desigualdades de acceso a nuevas oportunidades sociales de crecimiento personal.

En este sentido, la eventual labor de crítica neoliberal y de promoción de los valores ordoliberales que desempeñan las oficinas de representación de la Fundación no viene a resolver la situación de marginalidad y de pobreza en la que viven decenas de millones de seres latinoamericanos, por cuanto en su actividad institucional no ataca directamente las causas reales y generadoras de la pobreza, reforzando tanto la labor de las instituciones del mercado como principal mecanismo de distribución de bienes y servicios, como el respeto absoluto a los derechos de la propiedad privada – siempre matizada por la retórica discursiva de la elástica función social de la propiedad, que contrasta con la rigidez de los enunciados de la expropiación por interés público. Además, la retórica social de respeto y promoción de ‘los derechos económicos individuales’, promovida desde la óptica de la ‘economía social de mercado’, no responde directamente a un proyecto de emancipación, de libertad y de justicia social, sino a la creación de las condiciones idóneas para el buen desempeño de la ‘competencia funcional’ del mercado – el mercado como instancia legítima de legitimación.

La ‘economía social de mercado’ como modelo de gestión – como se ha expuesto anteriormente –, no prevé ningún mecanismo de redistribución solidaria al interno del espacio del mercado – solo contempla la intervención heterónoma y subsidiaria del estado en forma de solidaridad vertical a través del mecanismo fiscal –⁹, y no contempla la posibilidad de promover medidas colectivas equitativas – ‘sólo actúa sobre el individuo aislado que ha perdido la capacidad de consumir’ –. En este sentido, un autor clásico neoliberal de la Escuela económica de Chicago, Milton FRIEDMAN, afirmó que el ‘libre mercado’ debía reducir la discriminación étnica y racial porque los consumidores debían poder

⁹ Somma, Alessandro, *Temas e Problemas de Derecho Comparado. Técnicas e valores nella ricerca comparatistica*, G. Giappichelli Editore – Torino. 2005. p. 179 ss.

comprar al mejor precio del mercado, incluyendo a todos los proveedores del producto o servicio en cuestión¹⁰. Este punto de vista de ‘asunción liberista’, contemporáneamente de homogenización y de segregación del entorno social en cuanto a la segmentación según la capacidad de consumir, es una cuestión que se reproducirá actualmente en todos los aspectos de la cultura y de la vida social, de lo cual deviene la cuestión instrumental del ser humano a partir del análisis de la opción racional del individuo – la escuela de la elección racional – orientado a hacer funcionar el mercado según sus propios y limitados intereses individuales de costes – beneficios.

La cuestión anterior se encuentra estrechamente vinculada a la aplicación metodológica del individualismo – individualismo metodológico como el verdadero paraíso de los derechos del hombre – y a la ascendencia de la ciencia económica sobre el resto de las ciencias sociales – imperialismo económico –, que a partir de la conjunción del modelo clásico del *homo economicus* como mejor protagonista ‘autista’ de la esfera económica – *ma anche la sfera politica* – y las ideas de la *rational choice*, desprecia cualquier posibilidad científica de racionalidad de acción a partir de los intereses colectivos de las comunidades humanas¹¹. Desde la perspectiva *del law and economics*, la economía reinterpreta la ‘eficiencia’ no sólo desde el punto de vista económico, sino desde el punto de vista social, con lo cual retroalimenta a la sociología y a la acción de la ‘comunicación social’ como acción flexible y eficaz que procura construir un ‘*modello di potere a basso costo*’ utilizando los mismos recursos de la sociedad civil¹². El individualismo metodológico en su delimitación teórica de concebir el comportamiento individual, incapaz de construir un ‘nosotros’, es incompetente para explicar la lógica de los fenómenos sociales¹³.

El individualismo propietario, heredado de la civilística francesa y de los ordenamientos jurídicos modernos, deviene funcional al neocorporativismo postmoderno de los grupos de interés internacional ocupados de la gestión global. La estandarización de la contratación en masa y las condiciones

¹⁰ Friedman, Milton, *Capitalism and Freedom*, The University of Chicago Press, 1962. p.110.

¹¹ Conill, J., *De Adam Smith, al imperialismo económico*, Revista Claves, No. 66, Octubre 1996. pp. 52-56.

¹² Ferrarese, Maria Rosaria, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, cit., p. 185.

¹³ “*Volvemos sobre la obra de ensayo y divulgación del neurólogo Oliver Sacks (1994). En el capítulo sobre autistas, una autista funcional afirma que cuando está en grupo tiene serias dificultades para coordinarse con lo que ocurre en el mismo, llegándole a dar la sensación que los no autistas disfrutaban de poderes telepáticos. Esto nos lleva a pensar que el individualismo metodológico construye unos tipos ideales de individuos más parecidos a los autistas que a las personas normalmente socializadas, pues para los autistas sólo existe el “yo”, son incapaces de concebir el “nosotros”, como ocurre con el individualismo metodológico.*”, Martínez García, José Saturnino, *Tipos de elección racional*, cit., p. 169.

generales de contratación devienen en manifestaciones de despersonalización y de desubjetivación, lo cual se corresponde con las tendencias de generalización y de simplificación de las construcciones jurídicas actuales¹⁴. En este sentido la contratación en masa también puede considerarse como expresión jurídica de la búsqueda de esa *tercera vía*, como expresión intermedia cargada de normatividad y de abstracción formal, que se erige como solución intermedia entre el contrato individual y el contrato colectivo. El individualismo propietario que se encuentra en la base de la concepción de la sociedad privada de Derecho, se vincula en el pensamiento ordoliberal al utilitarismo de la autonomía privada, sin que ello implique tener que cancelar el papel del estado como parte activa de control de la dinámica social¹⁵. El papel del estado no se cancela porque su intervención ‘heterónoma’ viene instrumentalizada ordoliberalmente. Esa es su razón de ser.

En este punto, se puede recuperar el concepto de ‘radicamento’ enunciado por GRANOVETTER y que lo vincula al pensamiento ordoliberal en cuanto a la búsqueda de un ‘equilibrio crítico’ entre posiciones extremas que genera a su vez una gramática normativa diversa¹⁶. El pensamiento de GRANOVETTER intenta expresar, desde el utilitarismo, la relación existente entre el comportamiento racional y el ambiente social, y en ese sentido se expresa en términos de una ‘*sottosocializzazione*’ de la acción racional si se considera al individuo como un sujeto económico atomizado y no integrado a las relaciones sociales. Por otro lado, se expresa en términos de ‘*ultrasocializzazione*’ del comportamiento económico individual para exponer la vinculación de dependencia hacia la relación social, al punto de no permitir separar el comportamiento racional individual de la relación social. En este discurso el punto del ‘radicamento’ sería la posición intermedia ideal del ‘*calculus de la felicidad*’ como alianza

¹⁴ *La evolución del capitalismo moderno condujo hacia una sociedad de masas en la que la despersonalización y el anonimato eran las reglas, en la que los contratos con los consumidores eran dictados por las grandes empresas, en la que las relaciones laborales eran fuente de frecuentes abusos, en la que la publicidad invasora seducía al consumo irreflexivo, en la que importaba, en suma, más “el haber” que “el ser” de la persona. El derecho heredado del siglo XIX era un derecho de estructura individualista y patrimonialista. Los Códigos civiles, inclusive pese a haber sido superados por la realidad, eran Códigos de propietarios de tierras, de herederos, de contratantes ingenuos y creyentes en la igualdad y el trato paritario. Los propios padres de la economía liberal, que creyeron en el desenvolvimiento espontáneo del mercado y la libre competencia, habían sido traicionados con la repartición de mercados y países entre las corporaciones.* “, Vega Mere, Yuri, *Contratos de Consumo. (Estudio sobre el derecho del consumidor)*, cit., p. 19.

¹⁵ Ferrarese, Maria Rosaria, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, cit., p. 79.

¹⁶ Granovetter, M., *L’azione economica e le strutture sociali: il problema dell’radicamento*, in *Economia, politica e società*, elaborado por N. Addario y A. Cavalli, Bologna, Il Mulino, 1990.

que se alcanza entre el interés individual, como causa eficiente de la acción, y el ‘deber’ en cuanto al bien común de la colectividad. El punto ideal del ‘radicamento’ en un ambiente sistémico ordoliberal, se correspondería con aquel que propugna el pensamiento ordoliberal, en cuanto a considerar la posibilidad del individuo ‘libre’ racionalmente incorporado a un ‘*ordine sistemico*’ determinado por el *framework* jurídico institucional, dentro del cual puede realizar su más plena autonomía.

El fin último de la intervención normativa del Derecho, de matriz ordoliberal, es la racionalización¹⁷ y el desarrollo del sistema de producción capitalista¹⁸, sobre la base del modelo económico humano que edifica la instrumental concepción del sujeto consumidor como soberano del mercado, y como agente fundamental en la formación de los precios según la maximización de los objetivos individuales y su satisfacción personal. El sujeto consumidor, devenido en la retórica democrática postmoderna como ‘soberano del mercado’, debe ser aupado por el sistema económico considerando que el sistema de formación de los precios está estrechamente vinculado a la información como recurso imperfecto en calidad, e incompleto en cantidad, de la que es portador el ‘individuo consumidor’.

En el mundo ‘moderno’, reflejado ‘materialmente’ por la teoría marxista, el modelo conflictual venía soportado sobre la consideración de la lucha de clases y el apoderamiento capitalista de la plusvalía, a partir de la consideración de que el obrero era únicamente portador de la fuerza de trabajo como mercancía que debía intercambiar en el mercado laboral con su contraparte, el burgués propietario de los medios de producción. En el mundo postmoderno que promueve la fundación Konrad Adenauer a través de la difusión del pensamiento ordoliberal¹⁹, la interacción cooperativa a través del acto de consumo en el espacio del mercado, sustituye la relación conflictual de la lucha de clases en el espacio político. El obrero, anterior portador de la mercancía fuerza de trabajo, deviene actualmente en un

¹⁷ Racionalización en el sentido de delirio, locura, propio de la dicotomía entre racionalidad y existencialidad. Distinto a la consideración de racionalidad, entendida como ejercicio positivo de la actividad humana, estrechamente vinculada a la propia experiencia. Ver, Morin, Edgar, *Introducción a una política del hombre*, Gedisa, Barcelona. 2002. p. 18.

¹⁸ Somma, Alessandro, *Temi e problema di diritto comparato. Diritto comunitario vs. Diritto comune europeo*, cit., p. 67 – 78.

¹⁹ “En la ESM, la respuesta a la explotación y proletarización que produjo la “cuestión social” en el siglo de la industrialización en Europa no es “la lucha de clases” del marxismo, sino que empleadores y sindicalistas se comportan como “contrapartes sociales”, para disfrutar igualmente del progreso de la productividad. La orientación hacia una solución por sobre todo pacífica de los inevitables conflictos de intereses en la elaboración de las condiciones laborales y salariales tanto como en la legislación, exige que predomine un espíritu de cooperación entre empleadores y empleados. De hecho, una de las fuentes del rápido e inesperado resurgimiento económico de Alemania fue la paz social alcanzada en las relaciones laborales. Rösner, Hans Jürgen, *Crisis financiera. Redescubrimiento de la economía social de mercado*”. cit. p. 92.

mero consumidor y en un portador de información sensible y neutral en la formación de precios para el funcionamiento del mercado. El valor de la plusvalía, como factor de empoderamiento visible e instantáneo del burgués devenido capitalista, se transfiere ahora a la virtualidad de la función que tiene la información como dato imprescindible para la formación de los precios como mecanismo esencial de reproducción y de conservación del sistema capitalista. Al potenciar y universalizar la categoría 'consumidor' como nueva forma *parademocrática* de funcionamiento del orden político, se desarrolla un nuevo dispositivo integrativo de coacción económica, que se incluye en la estrategia de asimilación sistémica global.

El recurso 'información' que porta el 'consumidor' es fundamental para la teoría ordoliberal por cuanto debe permitir la previsión y la adaptación del sistema a la siempre cambiante realidad social. El flujo de información permite alcanzar lo que la economía social de mercado reconoce como la 'corrección de decisiones individuales erróneas inherentes al mercado'. Es decir, la información constituye un elemento tan importante como la misma formación de los precios, lo cual incide al momento de tomar decisiones económicas y para lo cual el estado debe gestionarla adecuadamente. En virtud de lo expuesto puede entenderse la necesidad sistémica de 'gestionar' adecuadamente al consumidor a través del mecanismo informativo, de modo que su actividad de elección individual sea eficiente en la conformación de la relación oferta/demanda. De este modo, el sistema se protege de eventuales decisiones 'irracionales' que pudieran afectar el funcionamiento del mercado.

En este sentido podría considerarse entonces, que muchos de los programas y de las actividades auspiciadas por la Konrad Adenauer *Stiftung* en América Latina, cumplen solamente un rol de distracción, orientados a diluir, a disuadir y asimilar cualquier pensamiento crítico o acción de oposición frontal al modelo imperante – y que es incluso capaz de integrar, en el cuerpo doctrinario de su discurso y de sus prácticas sociales, tanto los comportamientos desinteresados individuales, como aquellas acciones de solidaridad social colectivas, en una modalidad de 'competencia cooperativa' –. En este doble juego disuasorio global de asimilación de las diferencias y de gestión de las micro conflictualidades modernas en América Latina, como zona de expansión ininterrumpida del capitalismo mundial, se manifiesta una de las modalidades funcionales del 'racismo ordoliberal'.

La labor de la Konrad Adenauer *Stiftung* en América Latina, como agente de trasplante de la globalización de matriz liberista, en este sentido, puede concebirse como un intento de 'reforma y de perpetuación del modelo capitalista de desarrollo humano', para lo cual promueve como garantía de su

continuidad sostenible una estrategia esencial y global: ‘La anulación del conflicto social y su constante sustitución por un mecanismo de diálogo de cooperación operativa global inter-clases sociales’.

El conflicto social se concibe, desde el esquema de la mentalidad ordoliberal, como el síntoma de una patología social – el conflicto como aberración o crimen – que debe ser superado a partir de un esquema de cooperación; que por fuerza deviene, a *la fine*, en un resultado más refinado de dominación, carente de innovación y de cambio social. Lo anterior se corresponde con el enfoque de SUPLOT, que considera el riesgo de una desaparición del conflicto en la cultura occidental que caracterizaba la dialéctica política del pasado, y en el carácter aparentemente conciliador del cuadro propuesto por el esquema de la gobernanza, a semejanza de la repetición de personajes típicos de la cultura oriental, que expulsan el conflicto para favorecer el orden y la armonía²⁰.

La crítica *kasiana* en una visión geoestratégica global sobre el continente latinoamericano, pretende reapropiarse de la audiencia y de la recepción que antaño obtuvieron los discursos y las iniciativas dominantes de matriz neoliberal estadounidense en América Latina, y puede llegar incluso a establecer una tensión funcional, empero, que no romperá la colaboración simbiótica por intereses mutuos con las instituciones dominantes.

Paradójicamente²¹, para ejecutar la estrategia corporativa *kasiana* en las sociedades latinoamericanas, la Konrad Adenauer *Stiftung* ha encontrado mayores reticencias para su implementación ‘cooperativa’

²⁰ “Uno de los espacios más inquietantes de la gobernanza es que no deja espacio para el conflicto y la acción colectiva de los hombres en el progreso de la sociedad.”, Supiot, Alain, *Homo juridicus. Saggio sulla funzione antropologica del Diritto*, Milano, Bruno Mondadori, 2006. p. 215.

²¹ “Por lo tanto, la pretensión del neoliberalismo de fundarse en el principio justo del propio rendimiento dado que la sola fuerza de la economía de mercado implica ya un efecto social suficiente, se revela como utópica. Es más, puede decirse que los mecanismos del mercado distribuyen los ingresos primeramente entre aquellos que ya disponen de trabajo, de medios de producción, de capitales financieros o de tierra. Este hecho trae aparejado que la distribución de ingreso por medio del mercado reproduce, en forma cada vez más acentuada, las desigualdades ya existentes. En este sentido, la competencia en los mercados no es leal, en cuanto los que ya disponen de mayor poder económico continúan acumulando riqueza. Este fenómeno se puede observar, por ejemplo, en muchas sociedades latinoamericanas que se caracterizan por su estructura piramidal, es decir, una amplia base de clases humildes dominada por una pequeña capa privilegiada. Así, las economías latinoamericanas se encuentran en una crisis latente de estancamiento coyuntural debido a su dependencia de las exportaciones, porque falta el poder adquisitivo de amplias clases medias para desplegar la demanda interna necesaria para soportar un proceso estable de crecimiento económico sostenido. No solamente motivos humanitarios justifican la igualdad de oportunidades y la compensación de discriminación. Es necesario no dejar aumentar los contrastes sociales para que este contraste no obstaculice el progreso económico y social o se conviertan en una amenaza a la estabilidad política.”, Rösner, Hans Jürgen, *Crisis financiera. Redescubrimiento de la economía social de mercado*. cit. p. 90.

en los sectores de las clases sociales y en los segmentos que representan las élites nacionales populistas y neoliberales del poder. Las mismas que – en virtud de su escasa proyección global en cuanto a una visión política y social nacionalistas, siempre marcadas por el racismo, por el desprecio elitista, clasista y jerárquico, por la exclusión social y por una práctica de la democracia reducida al mero ritual electoral – han sido las más beneficiadas por el desigual modelo de distribución capitalista de riquezas durante la gestión de políticas económicas de carácter neoliberal de un modelo de Estado burocrático – autoritario.

Han sido las élites políticas nacionales latinoamericanas, en estrecha simbiosis con segmentos reaccionarios del circuito económico nacional e internacional, las que han practicado políticas ‘fascistas dependientes’ y han estado menos dispuestas a compartir sus pingües ganancias con los siempre desfavorecidos y mayoritarios sectores populares²². Sin percatarse además que este modo de dominación, bivalente y excluyente, crea las condiciones objetivas propicias para promover una respuesta violenta popular, el siempre temido, irracional e indeseable mecanismo de resolución del conflicto social a través de ‘la revolución social’ – el capitalismo latinoamericano es tan reaccionario que aún las más tímidas reformas son percibidas como instancias catalizadoras de la revolución y, en cuanto tales, combatidas con ferocidad por las clases dominantes –.

El conflicto social expresado a través de la lucha de clases, por ser intrínsecamente irracional, escapa del control predictivo de la racionalidad estratégica del sistema global y representa un verdadero peligro por cuanto no le son aplicables la modelización matemática de los sistemas estratégicos de predicción de *suma positiva*, propia de esquemas cooperativos. El resultado social se vuelve impredecible. La solución que propone – e impone – el *status quo* global frente a las situaciones de inestabilidades nacionales y regionales, es la acción de reforma como paliativo y la prevención difusa

²² “El vocablo se reintrodujo vertiginosamente en el lenguaje cotidiano de la política latinoamericana, también se extendió como reguero de pólvora en las discusiones académicas empeñadas por descubrir el nuevo carácter de la dominación burguesa en América Latina. A partir de ese momento, marcado por el pesimismo y la confusión, los análisis de las dictaduras latinoamericanas quedaron encerrados en un discurso teórico construido en torno a la noción de fascismo, al que la inocultable especificidad de la situación histórica y estructural de América Latina como región de un capitalismo dependiente, periférico y subdesarrollado imponía la necesidad de agregar prefijos o adjetivos que flexibilizaran las rígidas connotaciones del sustantivo: se comienza a hablar, entonces, de “neofascismo”, “fascismo dependiente”, “fascismo del subdesarrollo”, “fascismo primario”, para no citar sino algunos de los muchos conceptos acuñados para dar cuenta de las nuevas manifestaciones de la política latinoamericana.”, Borón, Atilio A., *Estado, capitalismo y democracia en América Latina*. cit., p. 25.

por cualquiera de los mecanismos disponibles, incluida la estrategia jurídica de la política del Derecho. El actual orden normativo global se corresponde con una situación de conflicto previa, y superada. El emerger y el resolver un nuevo conflicto porta necesariamente a un nuevo orden normativo y a un redimensionamiento y reajuste del *status quo*, a lo cual se oponen las normas ético – políticas neoconservadoras. El *status quo* en su labor predictiva pretende domeñar y restringir la contingencia social al racionalismo funcionalista que garantice su propia estabilización y continuidad.

El mecanismo postmoderno de dominación propuesto por la Konrad Adenauer *Stiftung* se sustenta en el ideal de la cooperación²³. “*Questo sembra l’effetto che la globalizzazione sta esercitando sulle democrazie, sostituire le vecchie dittature delle élite nazionali con le nuove dittature della finanza internazionale*”²⁴. La cooperación ordoliberal como mecanismo de neutralización del conflicto antagónico, de continuidad del *status quo* y de reducción de tensiones, capaz de atemperar las más acentuadas diferencias sociales y hacer que coexistan pacíficamente elementos contradictorios al interno del esquema social, sin que estos devengan en antagónicos, al grado de evitar que degeneren en una ruptura del orden: “*el intento de integración de a partir de una situación de desigualdad social provoca el conflicto, pero dicho conflicto es precisamente el factor de cambio social*”²⁵.

Esta escasez histórica²⁶, estructural y sistémica, de voluntad de las oligarquías económicas y las clases políticas latinoamericanas, requiere constantemente que el universo KAS centre y redoble sus esfuerzos en la racionalidad de la hegemonía política como cuestión cultural, por cuanto más allá de la

²³ “*En el mundo red condensado inter inteligentemente, amos y violadores casi no tienen ya posibilidades de éxito, mientras que cooperadores, fomentadores y enriquecedores entran en conexiones cada vez más numerosas y adecuadas. Luego de la abolición de la esclavitud en el siglo XIX, es posible esperar que los restos de dominación sean abolidos en el siglo XXI o XXII, pero nadie creería que esto pueda ocurrir sin intensos conflictos: no se puede excluir la posibilidad de que el amo en posición reaccionaria, una fuerzas una vez más con resentimientos de masa para producir un nuevo tipo de fascismo. Pero el fracaso de tales reacciones revolucionarias es tan predecible como su surgimiento.*”, Peter, Sloterdijk, *El hombre operable*, Revista Observaciones Filosóficas Antropología / Mayo, 2006. p. 21. Disponible en, <http://www.observacionesfilosoficas.net/download/hombreoperable.pdf>

²⁴ Bin, Roberto, *Diritti e fraintendimenti: il nodo della rappresentanza*, en Riv. "Ragion pratica", 2000. pp. 15 y ss.

²⁵ Giner, Jesús, *Teorías del conflicto social*, Disponible en, http://www.ucm.es/info/eurotheo/diccionario/C/conficto_social_teorias.pdf

²⁶ “*Aquí el capitalismo adquirió, especialmente en las experiencias de la Argentina de Menem, el México de Salinas de Gortari y sus sucesores, el Chile de Pinochet y sus continuadores, el Perú de Fujimori y el Ecuador de Febres Cordero, rasgos caricaturescos por momentos tragicómicos que hoy, a comienzos del siglo XXI, ejemplifican de manera insuperable las características fundamentales de un régimen de producción que en el mundo más desarrollado aparecen desdibujados por los avances democráticos y la consistencia de una ciudadanía que impone frenos a la voracidad destructiva de los mercados.*”, Borón, Atilio A., *Estado, capitalismo y democracia en América Latina*. cit., p. 7.

disfuncionalidad del mercado provocada por la precariedad y la marginalidad de millones de latinoamericanos subsistiendo por debajo del índice de pobreza, más allá de un contexto político autoritario–represivo, y de un sistema democrático carente, sumado a la aguda desigualdad distributiva de la riqueza social ²⁷, pudiera catalizar de improviso el descontento popular con resultados indeterminados y potencialmente inestables en un sistema mundo estrechamente interconectado²⁸. Las consecuencias de sociedades o comunidades, ‘desviadas del orden’, pueden ser desestructurales para la agregación del ordenamiento existente en el sistema global, y convertirse en un factor de inhibición en la realización del mercado mundial.

El ordoliberalismo, como instancia hegemónica de gestión del poder, vela en primer lugar por su sostenibilidad y paga siempre ‘a precio devaluado’, por su seguridad. Se trata entonces de desarrollar en las élites políticas y económicas latinoamericanas ‘el sentido de clase capitalista transnacional’ que garantice el buen sentido de la gestión social según los abigarrados intereses de la política económica internacional²⁹. En palabras de Susan GEORGE, la ‘*clase de Davos*’³⁰.

Considerando que América Latina es la zona del mundo dónde mayor es la desigualdad de distribución de las riquezas – ‘el traspatio del mundo occidental’ – que carece de una clase media – o cuanto menos es cada vez más menguada – que pudiera jugar un rol de estabilización en cuanto a la identidad

²⁷ “El desempleo y el subempleo afectan todavía a más de un tercio de la población latinoamericana. Con un coeficiente de Gini de 0,51, ninguna otra región del mundo acusa mayores desequilibrios en los ingresos. Ésta es la causa última de la ingente violencia y la delincuencia, que se recrudece sobre todo en las ciudades.”, Ministerio Federal de Cooperación Económica y Desarrollo – BMZ -, *Estrategia de la cooperación para el desarrollo con los países de América Latina y el Caribe*, cit. p.12.

²⁸ “La alienación social lleva a la conservación del status quo y es incompatible con cualquier proceso efectivo de desarrollo socioeconómico. Por otro lado, las masas comienzan inevitablemente la lucha por la igualdad y la participación en los beneficios sociales. Entonces, las élites basadas en la oligopolización del poder, se vuelven dependientes de la ayuda extranjera a fin de controlar a sus propias masas. De este modo son guiadas a la independencia del comercio nacional y a la autonomía para la ayuda exterior.”, Matos Mar, J. (compilador), *La dominación de América Latina*, Amorrortu editores Buenos Aires, 1968, p. 16.

²⁹ “Esta es la razón por la que sigo pensando que en el seno de la inevitable mundialización hay una derecha y una izquierda, una derecha que se hace cada vez más nacionalista en lo político y más liberal en lo económico, y una izquierda que desplaza su tipo o su forma de intervención desde los problemas económicos a los problemas sociales y, cada vez más a los problemas culturales.”, Touraine, Alain, Khosrokhavar, Farhad, *A la búsqueda de sí mismo. Diálogo sobre el sujeto*, cit. p. 167.

³⁰ George, Susan., *Sus crisis, nuestras soluciones*, cit. p. 15.

social del sistema, tiene como consecuencia directa que impone el reto de implementar un tipo de ‘racionalidad estratégica de política ordoliberal’, que además de *pacificar* a los ‘pobres’, debe transmitir a las ‘clases pudientes’ la necesidad del conocimiento sobre el límite de su voracidad para poder conservar e incrementar su rédito político y social. Las ‘dependientes’ y subalternas élites políticas y económicas latinoamericanas deben ser capaces de comprender la necesidad de reducir ‘funcionalizadamente’ su rédito económico como medida de seguridad, que garantice la legitimidad, la propia continuidad y la estabilidad del sistema global³¹. En este sentido el ordoliberalismo, como dispositivo estratégico de ‘poder difuso’ a través de una lógica pragmática, es capaz de contar con distintas estrategias reguladas por el azar y por la combinación de probabilidades que hacen imposible que se estructure un contrapoder que descubra qué curso de acción tomará, ya que él mismo contingentemente lo desconoce. El ordoliberalismo, desde sus orígenes, se decidió por comprar la ‘seguridad’ del sistema, al precio ‘devaluado’ de la suma de las libertades individuales.

Es una ilusión pensar que la racionalidad práctica sea una instancia que apunte a una única cosa que se debe hacer. Se comete una asociación ilícita al identificar racionalidad con unidireccionalidad. Y valga decir, esta táctica nunca ha representado una ‘lógica no económica’, todo lo contrario, comprar la seguridad política y sistémica ordoliberales, a un precio devaluado, a partir de la debilidad negociadora de los agentes sociales contestatarios, es el mejor de los negocios económicos ordoliberales. ‘El ordoliberalismo como mecanismo de gestión cooperativa de los ‘órdenes parciales’ de la sociedad global, propone una compensación mínima social a costa de la eficacia del sistema económico global y a favor de la necesidad de la legitimación del sistema político, que favorezca en última instancia, la

³¹ *"Es necesario mejorar los objetivos sociales en el diseño de la política económica, y no sólo en el de la política social". (...) "El problema en nuestra región no es la pobreza, sino la mala distribución del ingreso, a lo que hay que añadir la segmentación social, que se traduce en una política para los ricos y otra para los pobres." (...) "En lo que la región está especialmente mal es en materia laboral, debido a la poca capacidad para generar empleo y a la incapacidad de cumplir con la legislación. (...) "La redistribución es potencialmente más eficaz para reducir la pobreza que el crecimiento, pero a pesar de ello los gobiernos de la región no la han incorporado explícitamente en sus políticas públicas." (...) "Paradójicamente, cuanto más universal es la política social, más se benefician los pobres, el gasto público social en Latinoamérica ha pasado del 12,8 por ciento al 17,4 por ciento del Producto Interno Bruto (PIB), un fenómeno que a su juicio constituye "el principal dividendo de la democracia.", Ocampo, J. A., Seminario Internacional Innovación social en América Latina, San Diego, California, EUA, efe, 19 de noviembre, 2010.*

continuidad de su hegemonía corporativa y su reproducción³². “*L’economia come strumento di razionalità politica, chiamata a rimpiazzare il diritto*”³³. De modo que, como se viene enunciando desde el inicio del texto, a partir de la vocación autoritaria de la economía social de mercado, la racionalidad económica no constituye un fin en sí misma para un proyecto ordoliberal de gestión social. Para el ordoliberalismo no existen valores absolutos – ni la libertad individual, ni la autonomía privada, ni la preferencia de un orden parcial sobre otro: política, economía, derecho –, sino que toda la realidad social y la elección de la decisión, en última instancia, descansa sobre una racionalidad instrumental, sujeta a la relación existente entre las preferencias, las restricciones y el mejor curso de las acciones posibles, de modo que en cada momento se intente maximizar la utilidad y minimizar los costes de preservación sistémica.

De este modo, resulta aceptable asumir que detrás de la retórica *kasiana*, se fomenta un proyecto político elitista y reformador ‘sucursalizado y personalizado’ para América Latina, tendencialmente conservador y autoritario³⁴, funcional al esquema de gestión de la gobernanza global desterritorializada – *la governance si annuncia dunque anche come risposta alla dimensione essenzialmente statale della democrazia, corrispondente all’idea territoriale delle società* –³⁵, destinado a ‘complementar’ el vértice hegemónico del ‘corporativismo mundial’. Incluso, el llamado que se hace desde los cultores y los ejecutores del pensamiento ordoliberal, en cuanto a la centralidad que debe tener la política³⁶ como ciencia y actividad rectora de la sociedad, no se vincula al ejercicio de la más plena democracia plural,

³² “However, “all-inclusive” governance arrangements might lead to a serious lack of efficiency and reduced effectiveness. In other words, a trade-off between legitimacy and effectiveness might arise”, Risse-Kappen, Thomas. Börsel, Tanja A., *Public-Private Partnership: Effective and Legitimate tools of International Governance?*, cit. p. 18.

³³ Somma, Alessandro, *L’economia sociale di mercato / 1. Il fascino della terza via: Torna di moda un passato mai passato*. cit., p. 9.

³⁴ “(...) it is therefore clearly possibile to have economic arrangements that are fundamentally capitalist and political arrangements that are not free.” Friedman, Milton, *Capitalism and Freedom*, cit., p. 57.

³⁵ Ferrarese, Maria Rosaria, *La governance tra politica e diritto*, cit., p. 81.

³⁶ “Più precisamente, dal mercatismo ci si salva riscoprendo il «primato della politica», concependo quest’ultima come primato della religione e in particolare rivendicando le mitiche «radici giudaico-cristiane dell’Europa». Con ciò si vuole evitare che la terza via si sviluppi come all’epoca in cui la risocializzazione dell’economia si realizzò a detrimento del meccanismo democratico, incarnando quanto è stato efficacemente descritto in termini di «grande trasformazione»: la riforma fascista del liberalismo economico, alimentata dall’affossamento del liberalismo politico. E tuttavia il primato della politica di cui si parla sembra prescindere dalla valorizzazione del meccanismo democratico, o almeno prelude a un modello di democrazia organicista simile a quello sponsorizzato durante il Ventennio: a ciò mirano le esortazioni a riscoprire le strutture comunitarie, da rendere fonti di doveri dell’individuo nei confronti della collettività e veicolo di valori identitari.”, *Ibidem*, p. 6.

sino a una ‘necesidad de conservación’ que requiere del comportamiento sistémico de los operadores económicos para legitimar el ‘consenso’ político que garantice la continuidad fáctica del acuerdo tácito de los intereses privados del orden propietario y ³⁷, por ende, el funcionamiento orgánico de la sociedad que prescinde cada vez más del mecanismo democrático en la gestión de la práctica social ³⁸. En este punto, es crucial la capacidad de restituir la ciudadanía política a los ‘cuerpos intermedios’ ocultados por la ideología liberal³⁹. Un proceso de reinstitucionalización premoderna de un *neo status* cooperativo que viene a complementar la postmoderna sociedad privada del contrato jurídico.

El consenso que se propone y se practica desde la gobernanza global no es un fin en sí mismo. En línea con el pensamiento ordoliberal de carácter organicista, el consenso no puede entenderse como acuerdo participativo entre miembros de una sociedad que alcanza un consenso sobre los principios, los valores y las normas de comportamiento sociales, o sobre la conveniencia de determinados objetivos de la comunidad o los medios para alcanzarlos; todo lo contrario, debe entenderse como la participación / ocupación de los intereses privados en el escenario democrático, que toman una posición central en el otrora lugar de los temas y los argumentos sobre la mejor manera de organizar la vida en la colectividad. El consenso ordoliberal es el ‘consenso de los intereses y del cálculo económico’ a largo plazo, lo cual no niega que algunos de los participantes sean portadores de intereses generales que coadyuven al bien común.

Desde la práctica de la gobernanza, la inclusión de los agentes privados en la gestión de los asuntos

³⁷ “Di più, l’ordoliberalismo riteneva indispensabile che la politica assumesse un ruolo trainante dei processi economici. Esso mirava a conciliare il mercato con la presenza di uno Stato forte, chiamato a intervenire mediatamente, ma pur sempre per «dirigere» in modo «ragionevole e pianificato» le «forze libere», al fine di incentivare «il senso della collettività presso il popolo dedito alle attività economiche».”, Somma, Alessandro, *Razzismo economico e società dei consumi*, cit., p. 449.

³⁸ “La costituzione economica immaginata da Böhm era una «costituzione giuridica» e pertanto realizzava una condizione imprescindibile per la costruzione di uno Stato forte: il «primato della politica». Quest’ultimo doveva assicurare l’equilibrio e lo sviluppo dell’ordine proprietario, contrastando «l’individualismo materialista» e alimentando il «civismo dei membri della comunità di popolo dediti alle attività economiche». E ciò si otteneva assicurando spazi di autodeterminazione individuale nella misura in cui il loro utilizzo produceva benefici di sistema. Un sistema solo «relativamente libero», in quanto doveva innanzi tutto incrementare la produttività di chi si dedica alle attività economiche: «è necessario che la politica economica statale controlli moralmente e materialmente la vita economica» e «sappia stimolare le forze produttive dei membri della comunità di popolo». Sicché «da preferire è l’ordine che promette di ottenere i più utili effetti sociali, politici ed economici e nel contempo consente di realizzare una direzione complessiva della vita economica», Somma, Alessandro, *L’economia sociale di mercato/2. Dal nazionalsocialismo all’ordoliberalismo*. cit., p. 7.

³⁹ Somma, Alessandro., *Introducción crítica al Derecho europeo de los contratos*”, cit. p. 13.

públicos, puede responder a varias exigencias funcionales – no sólo aquella de responder a una fácil e interesada ejecución de una inminente decisión económica – y siempre observa la posibilidad de crear nuevos canales alternativos de legitimación que permitan re–interpretar la *ratio* democrática ⁴⁰.

“Una distribución justa de riqueza e ingresos es un bien público responsabilidad del Estado. En ese sentido, una imposición progresiva (Cfr. Wiemeyer, 2004, págs. 244–256) es éticamente legítima, porque el éxito en el mercado de los más eficientes no se remite sólo a los esfuerzos de cada uno, sino que descansa también en requisitos y precondiciones sociales. Un ejemplo es la educación gratuita que recibe el individuo. Además, los ingresos sólo pueden ser obtenidos cuando el Estado pone a disposición el orden jurídico correspondiente y otras condiciones marco, como infraestructura pública, etc. Quien difama toda progresión impositiva meramente como “castigo de los eficientes” (Guido Westerwelle, por ejemplo) no comprende la sociedad como una empresa cooperativa destinada a promover el beneficio mutuo. La Doctrina Social de la Iglesia aboga por una interpretación solidaria de la sociedad, en la que los más fuertes interceden también en favor de los más débiles”⁴¹.

La redacción del párrafo anterior pone énfasis en la intención de resaltar el carácter organicista de la visión ordoliberal de la sociedad contemporánea, y la instrumentalización que se realiza del Derecho, de las políticas fiscales y de la actividad del estado a favor del funcionamiento del mercado como última y máxima *ratio*. Básicamente la propuesta *friburguiana* de la ‘economía social de mercado’ es una ‘economía de mercado’ con alma caritativa cristiana, que implemente a través de un mecanismo de compensación social, su propia garantía de seguridad y de continuidad.

Debe entenderse que cuando la estrategia de la fundación Konrad Adenauer se orienta hacia la anulación de la necesidad – y de la posibilidad – del conflicto entre clases, implícitamente está demeritando las causas que originan la marcada diferencia y la desigualdad existente en el ejercicio real de los derechos políticos y de los derechos económicos y civiles, a favor de las minoritarias clases pudientes latinoamericanas. Y al sustituir la necesidad del conflicto social por la cooperación operativa entre clases sociales, aboga por un esquema de negociación, de manipulación y de ‘cooptación’ que reafirma el orden social constituido. El objeto de la agenda de la negociación se vacía de su contenido

⁴⁰ Galgano, Francesco, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2005.

⁴¹ Wiemeyer, Joachim, *Economía Social de Mercado*, Diálogo Político, Revista trimestral No. 1, marzo 2009. Argentina. p. 31. Disponible en, <http://www.kas.de/argentinien/es/publications/16719/>

esencial, dado que el diálogo, cual técnica de gestión, se inserta en las relaciones de dominación de la ‘ideología liberista’ que lo informa y lo constituye – ideología como conjunto de ideas y de valores concernientes al orden político, cuya función es guiar los comportamientos colectivos –. De hecho, el diálogo se convierte en el contexto latinoamericano en el mecanismo para sofocar el conflicto y forzar la aceptación de la cooperación operativa – el diálogo se reduce a la mera gestión de los problemas–, sin que se debata la definición y el núcleo de las estrategias biopolíticas macroeconómicas de ajuste, el pago de los intereses de la deuda externa, el actual orden económico internacional y las demás cuestiones estructurales que definen – y contienen – las precarias relaciones sociales que constituyen las causas de la penosa situación social latinoamericana.

El ‘diálogo cooperativo’ de impronta organicista que promueve institucionalmente la KAS en América Latina – a partir de una visión de ‘estado corporativo de matriz nacional socialista germano’ – pretende, en gran medida, canalizar el diálogo político e institucional, estableciendo una agenda política de temas prioritarios y los marcos discursivos para discutirlos, dentro de una concepción ahistórica y consensual del orden social establecido. De este modo, la instrumentalización del diálogo social cooperativo, que puede incluir la crítica funcionalmente innovadora y nunca antisistémica, se reenmarca, se reserva y se reduce a la dimensión de la ‘gestión del orden’; y se marginan de él los contenidos de carácter más estructural, más conflictivo y más específicos que puedan provocar resoluciones disonantes con ‘el orden del mercado’ como razón de la gobernanza global⁴². En este sentido, la Konrad Adenauer *Stiftung* deviene en una ‘institución ideológica de gestión capitalista’ y el marco general del consenso ordoliberal capitalista nunca termina de perfilarse como política conflictiva frente al *status quo* estadounidense. La tolerancia común, la simpatía y la coordinación entre el pensamiento ordoliberal germano y el neoliberalismo estadounidense priman sobre el conflicto, e impide asumir y producir otro tipo de resultado.

Esta estrategia de pacificación social ordoliberal, a través de la agenda del diálogo cooperativo, promovido desde la Konrad Adenauer *Stiftung* a favor del ‘consenso social corporativo’, y siempre ligado a los proyectos políticos y económicos dominantes, se implementa a través del desarrollo de sus actividades y de sus programas formativos e informativos, tanto al interior de cada uno de los estados

⁴²San Pedro, V., Jerez, A., López, J., *ONG, medios de comunicación y visibilidad pública. La ciudadanía ante la mediatización de los mensajes sociales*, en, *Las ONG y la política*, Ciencia Política, Istmó, 2002. p. 252.

nacionales como a nivel de región latinoamericana, e incluso global. De modo que en el horizonte de su gestión cooperativa, también se encuentra cualquier incidente o diferendo conflictual que pueda existir entre los países del Sur y los países del Norte. “*El poder no se hace visible como confrontación de voluntades (...) sino como el pacífico discurrir de la lógica del intercambio regida por el dinero*”⁴³.

- EL CHILE DE PINOCHET Y MILTON FRIEDMAN ORDOLIBERAL.

Se ha expuesto anteriormente que la tolerancia común, la simpatía y la coordinación entre el pensamiento ordoliberal germano y el neoliberalismo estadounidense priman sobre la posibilidad de un eventual conflicto en el vértice del poder. En particular esta alianza de ‘seguridad global’ se manifiesta en el espacio del subcontinente latinoamericano, donde la racionalización ideológica del régimen gira en torno a una nebulosa doctrina de ‘seguridad nacional’, y de ‘seguridad hemisférica’ gestionada desde los Estados Unidos de América a través de la Organización de Estados Americanos, supuestamente orientada hacia el logro de la pacificación interior –es decir, hacia la eliminación de las alternativas, violentas o legales, que se enfrentan a la dominación de la burguesía monopólica y a la promoción del desarrollo económico, léase penetración masiva de las empresas transnacionales.

En sede de este epígrafe denominado ‘Dialogando, pacificando y post neocolonizando’ a América Latina, es oportuno mencionar brevemente la carta – recomendación que le fuere enviada al general Augusto Pinochet Ugarte por el economista estadounidense neoliberal Milton FRIEDMAN, en la cual abordó varias propuestas estructurales sobre la realidad política y económica chilena, y recomienda encarecidamente la aplicación de los principios del modelo de la ‘economía social de mercado’ en el Chile ‘golpista’ del año 1975 ⁴⁴.

Esta carta – recomendación, ‘*personal y ultraliberista*’, es importante tanto por su contenido como por el contexto de situaciones que le rodean y que le hacen merecedora de nuestra atención: – Milton FRIEDMAN es – por la presencia ‘evangelizadora neoliberal’ de su obra – un economista liberista consumado, fundador de la escuela ‘monetarista’ de Chicago, un magnífico promotor del sistema de ‘libre mercado’ y ganador del premio Nobel de economía en el año 1976, por sus logros en los campos

⁴³ Díez Rodríguez, Ángeles, *Las ONG como campo de relaciones sociales*, en: *Las ONG y la política*, Ciencia Política, Istmo, 2002. p. 154.

⁴⁴ Milton Friedman y sus recomendaciones a Pinochet, 21 de abril de 1975. Memorias de Milton y Rose Friedman, titulado ‘*Two Lucky people*’, cit.

de análisis de consumo, historia y teoría monetaria, y por su demostración de la complejidad de la política de estabilización. Autor neoliberal que básicamente abogaba por un Estado regulador, que controlase la masa monetaria en circulación, y que definía a la economía de mercado competitiva como condición necesaria para la existencia de un régimen político democrático: “...*el tipo de organización económica que directamente proporciona libertad económica, es decir, el capitalismo competitivo, también promueve la libertad política al separar el poder económico del poder político y de esa manera posibilita que el uno compense al otro*”⁴⁵.

El Chile del año 1975 era un ‘país salvado’ por una dictadura militar luego de un cruento golpe de Estado contra un gobierno ‘democrático, de izquierda y comunista’; con lo cual difícilmente pueda aceptarse que la implementación de las medidas económicas estructurales, propuestas desde la ideología neoliberal, contasen con el respaldo de un ‘Estado de derecho’ como condición indispensable para la aplicación de los principios económicos de la ‘economía social de mercado’⁴⁶. El ‘Estado militar’ resultado del golpe de estado de Pinochet⁴⁷, fue la histórica continuación – cuando no la apertura de un nuevo capítulo sangriento que elevó el grado de bestialidad de las dictaduras latinoamericanas⁴⁸ – de la presencia castrense en las estructuras parademocráticas y legales del capitalismo periférico latinoamericano; presencia militar orientada siempre a garantizar el orden

⁴⁵ Friedman, Milton, *Capitalism and Freedom*, cit., p.9.

⁴⁶ “*El neoliberalismo chileno, bien entendido, presuponía la abolición de la democracia y la puesta en vigor de una de las dictaduras más sanguinarias de la postguerra. La democracia, como tal, cual repite sin cesar von Hayek, nunca ha sido un valor central del neoliberalismo. La libertad y la democracia, según explicaba, pueden fácilmente volverse inconciliables si la mayoría democrática decide interferir los derechos incondicionales que cada agente económico tiene de disponer como quiera de su propiedad y sus ingresos. En este sentido, el señor Friedman y von Hayek pudieron admirar la experiencia chilena sin sucumbir a una incoherencia de orden teórico y sin comprometer sus principios.*”, Perry, Anderson, *Historia y lecciones del neoliberalismo*, cit. p.7

⁴⁷ “*A ello habría que añadir que el neoliberalismo, específicamente de origen austriaco y estadounidense, se aplicó en varios países latinoamericanos sin ningún rubor por la falta de libertades políticas, contraviniendo así algunos de sus postulados fundamentales.*”, Lazcano Gutiérrez, Iván, *El ordoliberalismo alemán y la Economía Social de Mercado*. cit., p.50.

⁴⁸ “*El "Estado militar" es la alternativa histórica al fascismo, la "solución actual" que genera la nueva fase del desarrollo capitalista en la periferia. Refleja otro tipo de crisis económica, política e ideológica para otra alianza de clases dominantes en una nueva modalidad de acumulación. Existe, claro está, un "aire de familia" entre el fascismo y estos regímenes dado que ambos son formas reaccionarias de excepción del Estado capitalista y expresan la contrarrevolución burguesa que pretende resolver una crisis orgánica en distintos momentos. Pero ahí se acaba su semejanza.*”, Borón, Atilio A., *Estado, capitalismo y democracia en América Latina*. 2003. cit., p. 52.

interno y la apertura de las fronteras nacionales a las reglas del mercado internacional⁴⁹.

La genuina libertad y la real democracia han sido las dos primeras víctimas de la corriente de pensamiento neoliberal desarrollada luego de la Segunda guerra mundial; corriente de pensamiento neoliberal que incluye a la economía social de mercado, que se caracteriza por un profundo autoritarismo en el sentido de la compresión de las libertades políticas, y la funcionalización de las libertades económicas – liberismo – en el marco formal de un Estado de derecho que rompe con las mejores tradiciones del liberalismo ochocentescos: *“Me refiero a Chile, bajo la dictadura del general Pinochet, tras el golpe de Estado septembrino en 1973. Ese régimen tiene el ‘mérito’ de haber anunciado el desencadenamiento del ciclo neoliberal en la presente fase histórica. El Chile de Pinochet aplicó su programa inmediatamente, bajo las formas más duras: desregulación, desempleo masivo, represión antisindical, redistribución de la riqueza en favor de los ricos, privatización del sector público... Todo lo cual comenzó justo un decenio antes del gobierno de la señora Thatcher. En Chile, la inspiración teórica de la experiencia del general Pinochet fue más directamente norteamericana; Milton Friedman era entonces una referencia más directa que el austríaco von Hayek. Es preciso subrayar que la experiencia chilena de los años 70 interesó mucho a los consejeros ingleses de la señora Thatcher. Por lo demás, se tejieron excelentes relaciones entre los dos regímenes durante los años 80. El neoliberalismo chileno, bien entendido, suponía la abolición de la democracia y la puesta en vigor de una de las dictaduras más sanguinarias de la postguerra. La democracia, como tal, cual repite sin cesar von Hayek, nunca ha sido un valor central del neoliberalismo. La libertad y la democracia, según explicaba, pueden fácilmente volverse inconciliables si la mayoría democrática decide interferir los derechos incondicionales que cada agente económico tiene de disponer como quiera de su propiedad y sus ingresos. En este sentido, el señor Friedman y von Hayek pudieron admirar la experiencia chilena sin sucumbir a una incoherencia de orden teórico y sin comprometer sus principios⁵⁰.”*

⁴⁹ *“De ahí también el predominio del aparato represivo sobre el conjunto de las demás ramas del Estado y la exaltación de valores propios y característicos de las fuerzas armadas como el “orden”, la disciplina, el apoliticismo y el nacionalismo. En suma, es la institución militar la que asume la representación política del nuevo bloque dominante y la que convierte merced a un complejo sistema de mediaciones y compromisos económicos y político ideológicos, no exentos de contradicciones el predominio de la burguesía monopólica en el proceso productivo en dominación política sobre el conjunto de la sociedad.”*, Sader, Emir (compilador), *“Um governo de (contra)reformas”*, en *O Brasil do Real*, Río de Janeiro, EDUERJ. 1996. pp. 94-95.

⁵⁰ Perry, Anderson, *Historia y lecciones del neoliberalismo*, cit., p. 6.

La primera recomendación que realiza FRIEDMAN al general Pinochet es la de disminuir el gasto público como la manera más conveniente de reducir el déficit fiscal, reducir la inflación, fortalecer al sector privado y de sentar las bases del crecimiento económico. FRIEDMAN recomienda asumir los ‘costes sociales’ del *shock* transicional – incluyendo el desempleo – para garantizar una más rápida recuperación económica. Y por demás, confiere importancia vital a la cuestión de informar oportunamente y detalladamente al público sobre las medidas de ‘ajuste’ para ganar su consenso, y de aplicarlo súbitamente para explotar el factor ‘oportunidad’ en el sentido psicológico de la expresión.

Una recomendación importante es liberar la tasa de cambio de la moneda que garantice el funcionamiento de un mercado de capitales privado. Otra medida importante es la liberalización del mercado laboral y la suspensión de la ley que impide el despido de los trabajadores – por ser causa directa del desempleo –. Una nueva recomendación es abandonar cualquier mecanismo de control de los precios y de los salarios – la regla asumida es que aplicar ‘subsidios’ es equivalente a sembrar ‘obstáculos’ para el funcionamiento del mercado –.

La carta – recomendación fue redactada en tono *personal*, ameno y conciliador, y de una manera ‘previsora’, genérica y abstracta, recomienda que se tomen las ‘providencias necesarias’ para ‘aliviar’ las reales dificultades y severas angustias que puedan afectar a las clases más pobres.

Milton FRIEDMAN consideraba que la propuesta del programa de *shock* era la vía idónea para la implementación efectiva de la ‘economía social de mercado’, como respuesta surgida hacía 40 años frente a las tendencias socialistas de la época. Recomendaba explícitamente una liberalización más extensa y rápida del comercio, con mayor apertura económica al exterior como fuente de competitividad nacional y un mayor proceso de privatización de las empresas públicas y estatales, como fuente de eficiencia. De este modo el FRIEDMAN neoliberal le proponía al general Pinochet pasar de la coerción técnica, mecánica y totalitaria que el ejército chileno imponía sobre el funcionamiento social y la coordinación de las fuerzas productivas, a las técnicas hegemónicas, ‘democráticas y extrapolíticas’ de la cooperación ‘voluntaria’ del mercado ordoliberal⁵¹.

La carta – recomendación se despide con dos certezas: la severidad de un arduo proceso de transición

⁵¹ "Fundamentalmente, existen sólo dos modos de coordinar las actividades económicas de millones de personas. Una es la dirección centralizada que implica el uso de la coerción la técnica del ejército y del moderno Estado totalitario. La otra es la cooperación voluntaria de los individuos la técnica del mercado", Friedman, Milton, *Capitalism and Freedom*, cit., pp. 12 - 13.

chileno. Y la posibilidad de alcanzar un ‘nuevo milagro económico’.

De este modo y en sentido irónico, se establece paradójicamente una pionera relación directa entre los ‘chicagos boys’ encargados de aplicar las recetas del mejor y más pionero neoliberalismo estadounidense en América Latina, y la fórmula de la ‘economía social de mercado’ como expresión ordoliberal de la escuela de Friburgo alemana. Se pone de manifiesto que ambas escuelas de pensamiento sólo se diferencian en grados, por cuanto asumen la centralidad del libre mercado como institución referente y la no exclusión de las intervenciones estatales ante determinadas situaciones que requieran ‘ajustes’ instrumentales para el mejor funcionamiento del sistema.

Todas las propuestas neoliberales de marca estadounidense para América Latina, pueden perfectamente llevar el sello ordoliberal de la escuela de Friburgo. La tolerancia común, la simpatía y la coordinación entre el pensamiento ordoliberal germano y el neoliberalismo estadounidense, es evidente. Lo dijo FRIEDMAN.

2 OPCIONES CONTESTARIAS DE SUBJETIVACIÓN.

Ante este esquema ‘obscuramente simple, normalizador del discurso y pacificador de la acción’⁵², sólo resta a los movimientos sociales contestatarios intentar modificar ‘la agenda a la carta’ de las prioridades ordoliberales funcionalizadas, por medio de la identificación de otros problemas reales, de sus causas y de sus responsables; y en consecuencia, plantear objetivos concretos e itinerarios de acción capaces de aglutinar a aliados fiables y solidarios – *camaradas de ruta* – y de establecer

⁵² “Doppio effetto, di conseguenza, di questa penalità gerarchizzante: distribuire gli allievi secondo le attitudini e la condotta, dunque secondo l'uso che si potrà farne quando usciranno dalla scuola, esercitare su di loro una pressione costante perché si sottomettano tutti allo stesso modello, perché siano costretti tutti insieme «alla subordinazione, alla docilità, all'attenzione negli studi e nelle esercitazioni, e all'esatta pratica dei doveri e di tutte le parti della disciplina». Perché, tutti, si rassomiglino. Insomma, l'arte di punire, nel regime del potere disciplinare, non tende né all'espiazione e neppure esattamente alla repressione, ma pone in opera cinque operazioni ben distinte: ascrivere gli atti, le prestazioni, le condotte singole ad un insieme che è nello stesso tempo campo di comparazione, spazio di differenziazione e principio di una regola da seguire. Differenziare gli individui, gli uni rispetto agli altri e in funzione di questa regola d'insieme - sia che la si faccia funzionare come soglia minimale, come media da rispettare o come optimum cui bisogna avvicinarsi. Misurare in termini quantitativi e gerarchizzare in termini di valore le capacità, il livello, la «natura» degli individui. Far giocare, attraverso questa misura «valorizzante», la costrizione di una conformità da realizzare. Tracciare infine il limite che definirà la differenza in rapporto a tutte le differenze, la frontiera esterna dell'anormale (la classe «vergognosa» della Scuola militare). Penalità perpetua che passa per tutti i punti, e controlla tutti gli istanti delle istituzioni disciplinari, paragona, differenzia, gerarchizza, omogeneizza, esclude. In una parola, normalizza.” Foucault, Michel, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Giulio Einaudi Editore, s.p.a., Torino, seconda edizione. 1976. p. 200.

soluciones sociales eficaces; generando a su vez, culturalmente, un discurso de imágenes y de metáforas de representación de la realidad social que expliquen de mejor manera el desafío, la problemática y su posible solución. Para ello, debe asumirse la complejidad de un discurso que reactive el conflicto, señalando los tres marcos discursivos identificados por GAMSON⁵³ como imprescindibles para favorecer la acción colectiva: La indignación; la capacidad para cambiar el estado de las cosas; y la identidad subjetiva conflictual.

‘La indignación’ podría reactivarse por la diaria constatación del daño y la renovada reproducción de las desigualdades existenciales entre el Norte y el Sur, y por supuesto, por las acentuadas diferencias entre las clases minoritarias pudientes nacionales y las clases pobres mayoritarias al interno de las sociedades latinoamericanas. La promoción desde el discurso de ‘la capacidad de cambio’ incluye la acción de moralizar a los sujetos colectivos, y de legitimar a sus líderes, defendiendo a ambos del ostracismo mediático y de la censura a que usualmente se encuentran sometidos – la represión se aplica a los individuos y la prevención a las masas –⁵⁴; rescatando a su vez el ‘genuino’ significado del valor de la solidaridad social como categoría de acción colectiva, de cambio y de motivación de los agentes sociales.

La edificación de una ‘subjetividad colectiva conflictual’ equivale a reidentificar y apelar a la personificación de un ‘nosotros’ como sujeto titular de una acción colectiva en confrontación con un adversario personificado en las élites rectoras del orden mundial – portadores de intereses y de valores contrarios –, y señalarlos a ‘ellos’ con el dedo acusador por la dolosa responsabilidad que engendra el marco de injusticia en el cual se desenvuelve la desigual realidad social imperante⁵⁵.

Para realizar esta última cuestión – identificación de los responsables concretos que genere la debida reacción de indignación, de reivindicación y contribuya a rehacer la identidad social sobre nuevas formas de conflictividad, capaces de escapar de posturas meramente defensivas –, debe ser posible superar el anonimato, la vaguedad, la despersonalización y la abstracción de la lógica mercantil que diluye la indignación social – y las responsabilidades – ‘en un mar desterritorializado de invisibilidades impersonales de relaciones sociales desenmarcadas de la gestión del poder’.

⁵³Gamson, W., Wolsfeld G., *Movements and media as interacting systems*, Annals of the American Association of Political Science, 1993. pp. 114 – 125.

⁵⁴Touraine, Alain, Khosrokhavar, Farhad, *A la búsqueda de sí mismo. Diálogo sobre el sujeto*, cit. p. 85.

⁵⁵Gamson, W., *Talking Politics*, Cambridge, Cambridge Press, 1992.

Una acción revolucionaria, determinada históricamente por la realidad social, y puesta de manifiesto por el movimiento histórico, puede llegar a superar el pesimismo y realizar las transformaciones posibles y necesarias de la organización social, en un momento concreto⁵⁶. Si bien seguramente no sea suficiente para resolver todas las cuestiones acumuladas, podría realizarse un avance en la dirección de la justicia social, siempre y cuando pueda rescatarse el concepto de *sujeto* en cuanto actor social en términos de Alain TOURAINE: *Sujeto* en tanto espacio individual vacío – no institucionalizado – que debe recibir un contenido social responsable, capaz de sobrevivir y hacerle frente a la presión de la precariedad económica, a la cultura de masas, al consumo y al comunitarismo⁵⁷.

En términos de TOURAINE, el sujeto se constituye a través de la conflictividad, y la acción presupone una referencia positiva de sí mismo de defensa de la propia identidad. “*El sujeto es el deseo de un individuo de ser un actor, y ser un actor es la capacidad de influir en su medio*”⁵⁸. He aquí una expresión de la relación directa entre ‘individuo – sujeto – actor’ en condición de encarnar, a diferencia de los modelos humanos proyectados desde la ciencia económica, la idea de que la mundialización de la economía no disuelve por sí la posibilidad del ejercicio de la acción colectiva y política, capaz de transformar solidariamente⁵⁹, la sociedad y de instaurar nuevas formas de control social sobre la economía⁶⁰.

⁵⁶ “*Tal como lo planteara Miliband en un trabajo reciente, si hoy tenemos, en algunas partes, capitalismo democrático, welfare state, sociedades más abiertas y un recortado despotismo del capital en la economía, es porque la clase obrera de Occidente impugnó al capitalismo y trató por lo menos de reformarlo. Es cierto, no se lanzó a "tomar el cielo por asalto" consumando su revolución, y además sus proyectos reformistas fueron desigualmente exitosos. Pero su protagonismo y su vocación transformadora han sido indiscutibles, y sus resultados están a la vista.*”, Ralph Miliband, “El nuevo revisionismo en Gran Bretaña”, en Cuadernos Políticos, México, N° 44, Julio-Diciembre de 1985, pp. 20-35, en Borón, Atilio A., *Capítulo IX. Tras el diluvio siempre sale el sol. La teoría política marxista entre las transformaciones del capitalismo y el derrumbe de los "socialismos realmente existentes: Estado, capitalismo y democracia en América Latina*, cit., p. 218.

⁵⁷ “*El principal reto cultural de nuestra sociedad es la formación del sujeto*”, Touraine, Alain, Khosrokhavar, Farhad, *A la búsqueda de sí mismo. Diálogo sobre el sujeto*, cit. p. 33.

⁵⁸ Touraine, Alain, Khosrokhavar, Farhad, *A la búsqueda de sí mismo. Diálogo sobre el sujeto*, cit. p. 192.

⁵⁹ Touraine, Alain, *¿Cómo salir del liberalismo?*, cit., p. 10.

⁶⁰ Un discurso interesante y polémico, que intenta escapar de posiciones rígidas es el de Alain Touraine. “*Renunciemos pues a poner en un mismo saco la mundialización y el liberalismo. Acusemos al capitalismo financiero y seamos conscientes, como ha recordado en especial Elie Cohen, de que la capacidad de intervención del Estado en la mayor parte de los sectores de la vida nacional sigue siendo grande y que la lógica económica no es implacable*”, Touraine, Alain, *Ibidem*, p. 25.

Por demás, cualquier acción o movimiento social colectivo debe evitar la deriva pesimista que invita a la sublevación desesperada de ruptura estructural apoyada en la cólera y en la miseria, que no conlleva a un verdadero ejercicio de responsabilidad social contestataria y sistémica⁶¹. El reconocimiento de determinados derechos sociales, económicos y culturales son complementarios entre sí y requieren del reconocimiento institucional para alcanzar una representatividad política al interno de una colectividad, que se propone como principal objetivo la conquista y la consolidación de los derechos antes que su subordinación a la unidad de los intereses privados omnipresentes e intolerantes. El objetivo sería, a través de una confluencia de actores culturales y de intereses sociales, convertir a las víctimas del sistema *quo* en plenos actores sociales a través de procesos educativos democráticos y globales, capaces de apelar a la propia experiencia vital y positiva para darles sentido a través del progresivo descubrimiento de la dominación ejercida sobre ellos; acentuando los aspectos de la innovación, de la educación y de la solidaridad humana como agentes portadores de elementos de transformación⁶². “*Sólo el esclavo querrá dejar de ser lo que es*”⁶³.

⁶¹ “*Eso es lo que ocurre cuando triunfan las revoluciones: necesidad y libertad, determinación estructural y praxis transformadora son polos que coexisten en perpetua negación dialéctica. La proliferación de actores sociales no decreta la abolición de las leyes de movimiento de la sociedad de clases: sólo significa que la escena social y política se ha complejizado. El aumento en el número así como la diversificación de la calidad de los actores sociales de ninguna manera supone la desaparición de las clases sociales ni el ocaso de su conflicto como el eje dinámico fundamental de las sociedades capitalistas.*”, Borón, Atilio A., *Capítulo IX. Tras el diluvio siempre sale el sol. La teoría política marxista entre las transformaciones del capitalismo y el derrumbe de los "socialismos realmente existentes: Estado, capitalismo y democracia en América Latina*, cit., p. 221.

⁶² “*Se il movimento per i diritti civili è stato un trionfo per la democrazia, lo è stato la leadership di Martin Luther King ha saputo trasformare una massa umiliata in cittadini attivi a rispettosi di sé, capaci di conquistarsi una nuova dignità attraverso la difesa dei propri diritti costituzionali.*”, Lash, C., *La ribellione delle élite. Il tradimento della democrazia*, Milano, Feltrinelli, 1995. p. 72.

⁶³ “*Para Hegel en cambio, se es amo o esclavo – en la génesis de la historia de la humanidad – como consecuencia del primer enfrentamiento, a raíz del cual, si uno devino esclavo es porque ha renunciado a arriesgar la vida. El esclavo prefiere ser esclavo. Esto es coherente con la idea de que el hombre puede crearse a partir del animal que fue, por medio de la lucha. Llevada esta lucha por puro prestigio hasta las últimas consecuencias, debería concluir con la muerte de uno o de ambos adversarios. Pero si esto sucede, no habrá quien los reconozca. Para que la historia continúe – o se inicie, según se mire -, es preciso que ambos sobrevivan. Que algo los detenga un segundo antes de la muerte. Y esto es exactamente lo que ocurre. Y es el esclavo quien renuncia a su deseo y se somete al deseo del otro. De este modo el esclavo reconoce al amo como tal y se hace reconocer por él como esclavo. Es decir que después de este primer enfrentamiento el amo le impone al esclavo un trabajo servil al que éste se somete voluntariamente. El amo satisface su deseo – que sigue siendo animal, natural – consumiendo lo que el esclavo ha producido con su trabajo. Sin embargo eso opera una cierta transformación en el amo puesto que se satisface sin hacer esfuerzo alguno, vive como gozador y deja de ser animal. Ha realizado su humanidad como consumidor. Sufre pasivamente la Historia, no la crea. Si evoluciona es al modo animal. En este proceso se puede observar cierto adiestramiento por parte del esclavo ya que es él quien crea, lo que el otro va a incorporar. Es el esclavo el que podrá*

“Los obstáculos no son técnicos, prácticos ni financieros, sino políticos, intelectuales e ideológicos”⁶⁴. En este esquema la función pedagógica del Derecho como reservorio de valores sociales y de legitimación de la acción transformadora, es imprescindible. No obstante y a sabiendas de que la función jurídica, desde la práctica convencional del vértice del poder, está profundamente cargada de una influencia conservadora y de un simbolismo ritual y autoritario que influye marcadamente sobre la naturaleza del conflicto social, en tanto Derecho ‘convencional’ que actúa como mecanismo de transmisión del fundamento psicológico de que las personas que detentan el poder lo merecen en virtud de su excelencia y de su vasta cultura⁶⁵.

La escuela de Fráncfort, en la actividad de sus cultores, ha enfatizado en el papel de la ideología, de la legitimación y de la mistificación del derecho para la justificación del poder, tanto del estado como de los grupos de poder. De este modo y según la escuela de Fráncfort, el Derecho es el reflejo de la imagen de una ideología que opera integralmente a favor de las clases sociales que conforman las élites dominantes⁶⁶. En este punto valga mencionar, por un verso, la necesidad creativa del trabajo de deconstrucción como técnica de interpretación *post* estructuralista⁶⁷, que disuelva las incrustaciones ideológicas previamente marcadas, y de este modo, poder minar las creencias sobre los conceptos fundacionales, preferidos y privilegiados del *status quo*.

Aunque lo irracional inspira desconfianza, la irracionalidad está en la base de toda capacidad ética y responsable acerca de la posibilidad de afrontar los cambios sociales⁶⁸. Una acción irracional puede

evolucionar voluntaria y activamente, es decir, humanamente. El amo sólo podrá evolucionar exteriormente, porque, fiel al principio de identidad, permanece igual. Esta es su condición esencial – se obstinará en su identidad consigo mismo (es ineducable). Sólo el esclavo querrá dejar de ser lo que es.”, Allouch, Jean, *El sexo del amo. El erotismo desde Lacan*. México: Editorial psicoanalítica de la letra. 2001.

⁶⁴ George, Susan, *Sus crisis nuestras soluciones*, cit. p. 8.

⁶⁵ Gabel, Peter, Harris, Paul, *Building power and breaking Images: Critical Legal Theory and the practice of law*, New York University, *Revista Law and Sociology Change*, 1982, p. 396.

⁶⁶ Geuss, Raymond, *The idea of a critical Theory: Habermas and the Frankfurt School*, Cambridge University Press, 1981.

⁶⁷ Desde la perspectiva estructuralista, el contexto viene evaluado como parte de la estructura, no como parte del contexto social que ‘envuelve’ a la estructura. Los elementos contextuales que conforman un sistema sólo pueden venir comparados entre ellos mismos, como parte de la reinterpretación de la estructura, el sistema ‘social’ está inmerso en las ‘partes’ que conforman la estructura. Por todos, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, Einaudi. 1979.

⁶⁸ Elster, Jon, *Tuercas y tornillos. Una introducción a los conceptos básicos de las ciencias sociales*, Barcelona, Gedisa, 1991.

resultar más redituable porque podría poner a prueba tanto la legitimidad como la rigidez de los postulados del esquema de racionalidad económica consolidado del *status quo*, sin que ello implique promover una vía violenta, tradicional o autoritaria de transformación social. La irracionalidad se presenta como expresión y acción de una mediación dialéctica frente a un tipo de imposición – que se reconoce como autoracional – que constriñe a aceptar una realidad cuya naturaleza desnaturaliza la genuina esencia humana en cuanto forma de negación de la pretensión emancipativa por una más plena realización individual y colectiva – el ser humano no tiene naturaleza, tiene historia –⁶⁹.

Se propone un tipo de acción irracional como expresión ‘neomoderna’ de la unidad y lucha de contrarios, y como un particular acto de tipología de razón ética dentro de un conjunto de determinaciones posibles, lo cual a su vez se corresponde con un proceso de diferenciación de las racionalidades según la línea del pensamiento dialéctico históricamente condicionado, que se resiste aceptar, como única, la racionalidad del colonialismo etnocéntrico practicada desde la dominante absolutización de la *parcialidad* racional económica occidental, ejercida además con pretensión de valor universal por el *sistema quo*⁷⁰. Se requiere una acción colectiva, coordinada y organizada, que conlleve a la renovación de la historia, sin la histeria.

Este sería un posible reto e itinerario de acción de ruptura para recuperar la lógica de la responsabilidad solidaria: El ejercicio de la cultura política y la identidad subjetiva conflictual colectivas, para lo cual se requiere prestar atención a la interdependencia de las decisiones de los

⁶⁹ “Fue Nietzsche quien advirtió que los procesos domesticadores – antropotécnicos – constituían técnicas practicadas por hombres para criar a hombres. En una sociedad postepistolar donde los sistemas morales/religiosos han perdido su influencia, los parámetros externos que garantizaban orientaciones mínimas se han volatilizado. De este modo el hombre ha quedado en el desamparo presagiado por el Existencialismo de Sartre, el hombre está condenado a ser libre, a ejercer con angustia esta faena poética de inventarse cada día en un largo itinerario siempre abierto y revocable, debiendo así asumir los costos de esta libertad -ejercida- desde el frágil suelo de la contingencia, esto es, sin el amparo de ninguna verdad absoluta o trascendente que se imponga como necesaria y que, como tal, lo ampare y justifique. La libertad humana habrá de ejercerse desde lo incierto y el riesgo de un proyecto autosostenido, donde el hombre se inventa y se narra a sí mismo. Así el hombre al elegir estará a su vez eligiéndose, sus actos instalan su ser y no a la inversa. El hombre no tiene naturaleza, tiene historia.”, Ortega y Gasset, José, *Las Atlántidas. Obras Completas*, vol. VI, Alianza Editorial, 1935. p. 41.

⁷⁰ Ver en la obra de Karl – Otto Apel: *Types of Rationality to-day: The Continuum of Reason between Science and Ethics*”, en GERAETS, Th. (ed.), *Rationality Today*, Ottawa, Univ. Press, 1979. pp. 307-400.// *Social Action and the Concept of Rationality*, en *Phenomenology an the Human Sciences*, suppl.to *Philos. Topics*, Denver/Colorado, 1984. pp. 9-35.// “Das Problem einer philosophischen Theorie der Rationalitätstypen”, en, SCHNÄDELBACH, H. (Hrsg), *Rationalität*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 15-31. [Traducc. cast.: “El problema de una teoría de los tipos de racionalidad. Reflexiones pragmáticas previas: La teoría de los tipos de racionalidad como respuesta posible de la filosofía al desafío de un nuevo irracionalismo”, Primera Edición, Editorial Alfa, S.A., Barcelona, España, 1986, pp. 9-27.

adversarios y a las expectativas respectivas, observando siempre la producción simbólica de las entidades dominantes de la sociedad que hacen énfasis en agentes causales abstractos e ilocalizados, que pretenden deslegitimar la acción colectiva contestataria y hacer disuadir el ejercicio del pensamiento alternativo que parece no tener cabida en la comprensión de la postmodernidad social, que se ejercita a través de la promoción e imposición de la ideológica pacificación mediada por la lógica del mercado global. En términos de SLOTERDIJK, se requiere desarrollar una ‘disidencia creativa’⁷¹.

La ‘crítica funcionalizada’ que se realiza, desde la fundación Konrad Adenauer *Stiftung*, contra las formas de gubernamentalidad latinoamericanas, no conlleva directamente a una denuncia de las causas reales de la injusticia social. Por demás, cualquier intento de ejercicio colectivo de transformación social debe poder contar con la especial responsabilidad de los intelectuales orgánicos ‘alternativos’ frente al *status quo*, de modo que la protesta y el desencanto no se conviertan en una mera denuncia, sino por el contrario, que potencie la formación creativa de nuevos actores colectivos, portadores de nuevas políticas económicas y sociales.

La persistencia se justifica. ¿Qué otra cosa podemos hacer? No hay nada que temer sino al miedo mismo.

3 EL CONFLICTO COMO CATALIZADOR DE NUEVOS ESQUEMAS DE COOPERACIÓN.

“Como las finanzas y la economía son de importancia primordial en el universo político y de los economistas de la corriente principal, estos creen que la captación de recursos, la producción y el

⁷¹ “Esta histeria es reaccionaria en el sentido esencial de la palabra, ya que expresa el resentimiento de la bivalencia caduca contra una polivalencia que no puede comprender. Esto se aplica sobre todo a los hábitos de la crítica del poder, que siguen estando todavía inconscientemente motivados por la metafísica. En el esquema metafísico, la división del ser en sujeto y objeto se ve reflejada en la diferencia entre amo y esclavo, así como en aquella que existe entre trabajador y materia prima. Dentro de esta disposición, la crítica del poder sólo puede ser articulada como resistencia de la parte suprimida objeto esclavo materia prima, contra la parte sujeto amo trabajador. Pero con el ascenso al poder de la frase “hay información”, o lo que es lo mismo “hay sistemas”, esta oposición deja de tener sentido y se convierte cada vez más en un fantasma de conflicto. La histeria, de hecho, consiste en la búsqueda de un amo contra el que poder alzarse. No se puede descartar que el efecto ¿amo? esté en proceso de disolución, y subsista más que nada como el postulado del esclavo fijado en la rebelión, como izquierda historizada y humanismo de museo. En contraste, un principio de ala izquierda con algún signo de vitalidad debería reinventarse constantemente por medio de la disidencia creativa, así como el pensamiento del homo humanus sólo puede mantenerse en resistencia poética contra los reflejos metafísicos de la humanolatría.”, Peter, Sloterdijk, *El hombre operable*, cit., p. 13.

consumo no tiene límites. Para ellos, el mundo natural es un simple subsistema, tan solo el subsistema del cual sacamos las materias primas y al que arrojamus los desperdicios, incluidos los gases del efecto invernadero. Los economistas denominan externalidades a la destrucción sistemática del medio ambiente: meros efectos secundarios desafortunados de las actividades económicas productoras de rentas. Esta idea, al igual que otras creencias de la economía neoliberal o de la corriente dominante es descabellada. Tal como decía el difunto economista Kenneth Boulding ‘para creer que la economía puede crecer infinitamente en un sistema finito hay que ser un loco o un economista’⁷².

De este modo, si se asume por válida la hipótesis enunciada por AXELROD y se considera que no se es ‘economista’, pueden ser recreados escenarios que potencialmente confronten a la ciudadanía con una realidad que les imponga asumir posiciones activas de conflicto constructivo y disidente como un tipo de respuesta social. Sólo se trata, a contra corriente, de encontrar escenarios vitales en los cuales el número de interacciones sea finito. Pudieran citarse ejemplos globales en los que el tiempo vital es *finito*, los casos en los que las expectativas del futuro pudieran ser cercanas a cero, bien porque el actual esquema de la sociedad postindustrial e hipermoderna no vaya a mejorar sensiblemente las condiciones sociales de vida de grandes sectores populares, o bien porque el método de sobre explotación de los recursos naturales, incluido el ser humano como objeto de explotación bioeconómica, conlleve a la catastrófica extinción del mundo o a una merma sensible de las condiciones de la calidad de vida en el planeta, bien a esta generación humana o de las inmediatas y sucesivas generaciones. Ambos planteamientos conllevan a pensar en un número finito, futuro y cierto de interacciones sociales en el espacio del mercado, que pueden potenciar el carácter conflictivo de las relaciones sociales que promuevan un cambio alternativo de destino posible. Aún más, si se acepta que esta es la última generación con la capacidad de revertir algunas de las tendencias de degradación del ambiente. Esto representa una formidable responsabilidad y una oportunidad única para ella.

El calentamiento global, el incontrolado cambio climático, la contaminación y escasez del agua, son actualmente entre otras, las externalidades negativas universales más pronunciadas de la actividad económica humana, dominada por el modo capitalista de producción. Este tipo de consideración invita a pensar sobre la necesidad que alimenta al *status quo* de incorporar a su discurso y a sus prácticas liberistas como elementos de legitimación, la cuestión de la sostenibilidad ecológica, la responsabilidad social empresarial, el desarrollo sostenible y la preocupación por las condiciones de

⁷² George, Susan, *Sus crisis nuestras soluciones*, cit. p. 9.

vida y de trabajo en los países del Tercer mundo donde se encuentra la mayor parte de los recursos naturales de este planeta. La finitud del tiempo viene determinada por la inviabilidad de las soluciones: cuando el vértice del sistema capitalista decida ‘internalizar todas las externalidades’, quizás sea demasiado tarde; para todos.

La reciprocidad solidaria es la única estrategia que garantiza la supervivencia, además de la sostenibilidad y prosperidad, para todos. Para intentar ‘romper’ con este esquema de matriz eugenética ordoliberal de ‘libertad vigilada’ se requiere tornar a valorizar el mecanismo democrático y a coordinarlo con visiones conflictuales y solidarias de la convivencia social⁷³. Aquí radica una de las principales contraposiciones entre el liberalismo clásico y el ordoliberalismo friburgiano, y se manifiesta uno de los mayores ‘desencuentros’ entre el ‘modernismo’ y el postmodernismo’ por cuanto al modernismo ‘burgués’ le era afín el conflicto como método de resolución de problemas, tanto en la confrontación con la autoridad estatal como en la búsqueda filosófica de la verdad como camino de la emancipación individual⁷⁴. La existencia de un ‘conflicto social democrático’, como vía para avanzar en el camino de la emancipación social contemporánea, requiere como condición necesaria de existencia vital, la pervivencia de un circuito político no dominado por el circuito económico. Y como condición ‘suficiente’ la implementación de diversos mecanismos de solidaridad social.

Si por su parte, el ‘*ordine proprietario*’ – burgués – liberal – clásico conoció el conflicto como vía de resolución de las diferencias sociales, y se mantuvo alejado de la solidaridad como mecanismo esencial en la perspectiva de la justicia social; no se puede exponer lo mismo sobre el ‘ordine proprietario’ del ordoliberalismo, que desconoce tanto el mecanismo conflictual de resolución de diferencias sociales, como el elemento de la solidaridad social, como medio de emancipación, al interno de su funcionamiento⁷⁵.

⁷³ Somma, Alessandro, *Economia di razza. Dal fascismo alla cittadinanza europea*, cit., p. 141.

⁷⁴ “*Il liberalismo classico non disconosceva invece il conflitto, che anzi considerava un aiuto indispensabile alla comprensione della verità: il riconoscimento del conflitto ispirava del resto la disciplina delle libertà economiche nelle relazioni interindividuali, oltre alla visione delle libertà civili e politiche come difesa dall’ingerenza dei poteri pubblici.*”, Somma, Alessandro, *Democrazia economica e Diritto privato. Contributo alla riflessione sui beni comuni*, cit., p. 26.

⁷⁵ Somma, Alessandro, *At the roots of European private law: social justice, solidarity and conflict in the proprietary order*, cit., p. 190.

Cuando el discurso ordoliberal alimenta el *mito* de la cooperación *inter* clases sociales como medio para lograr el beneficio social para todos, está realizando una actividad que paraliza el conflicto y alimenta la cooperación *liberista*. Que como se expuso anteriormente, utilizando los propios medios de la gobernanza y la funcionalización del *soft law*, se convierte en un mecanismo de reproducción de las diferencias y de las asimetrías sociales, por cuanto el modelo ordoliberal que propugna el esquema cooperativo ‘no aboga por una cooperación recíproca’ que tienda a eliminar las asimetrías, y lograr paulatinamente, la emancipación de cada uno de los miembros de la colectividad social. Incluso, a medida que el sistema – mundo reduce sus dimensiones espacio – temporales como consecuencia de la intensificación tecnológica del proceso de globalización económica, cada vez más la tendencia del binomio competencia – cooperación desplaza su punto de apoyo hacia el extremo de la cooperación, como mecanismo perfeccionado de gestión social orientado al sostenimiento del *status quo*. En todo caso, la lógica del poder siempre será contingente porque siempre es esencialmente conservadurista.

La solución de la cuestión de la emancipación – como condición históricamente condicionada – no va a llegar, nunca, por la vía tecnocrática. Llegado a ese punto, la gestión del poder global comenzará a parecerse más a un juego de *suma cero*, incluso entre los ahora *no-antagonistas*, con lo cual el ambiente social deviene en una constante acumulación de tensiones no resueltas.

La cuestión que asume la propuesta del texto, en cuanto a la promoción y exaltación del conflicto social democrático y constructivo, es por la siguiente razón enunciada por Robert AXELROD: “*El meollo del problema de cómo lograr beneficios de la cooperación, consiste en que el método de aprendizaje por tanteos es lento y arduo. Todas las condiciones pueden ser favorables para los acontecimientos a largo plazo, pero es factible que no tengamos tiempo para esperar que esos oscuros procesos nos lleven lentamente hacia estrategias de mutuo provecho, basadas en la reciprocidad, Tal vez si entendemos mejor el proceso, podamos usar nuestra previsión para acelerar la evolución de la cooperación.*” El discurso sostenido en el texto, hasta este punto, se reitera en cuanto a la necesidad de promover la lógica conflictiva en cuanto catalizador de la transformación social:

¿Cuánto tiempo de vida le queda al sistema – mundo, y cuánta reproducción de injusticia cabe en las relaciones sociales globales para demostrar que el modelo de desarrollo humano, centrado en la cooperación ordoliberal, es insuficiente? Ante esta cuestión, se responde con la necesidad de promover el conflicto como mecanismo catalizador del cambio social. Y en esta ecuación no tiene cabida la formulación del análisis coste – beneficio como condicionante ‘racional’ que fuerza a la cooperación

liberista y a la reproducción del *status quo*.

La hegemonía ordoliberal *inventa y recrea* un sentido de la realidad para la mayoría de la sociedad, desde el consumo y para el consumo; y en este sentido, se trata de una hegemonía conformada a través de una ideología que se puede comprender utilizando el concepto *habbermasiano* de la ‘violencia estructural’ como la capacidad de ciertos grupos para establecer barreras sistémicas en aras de bloquear las comunicaciones y de bloquear la percepción de las propias limitaciones. En este caso, en relación con las propias limitaciones del modelo de *homo consumatori* concebido por la labor del *marketing* como ciudadano consumidor ecológicamente responsable con el desarrollo sostenible ⁷⁶ y humanamente solidario con el respeto y la protección de los derechos humanos. Esta intensa labor de *marketing* en cualquier caso elude la eventual consideración crítica del individuo consumidor, consumista, como simplemente egoísta, fetichista y narcisista, edonista e irresponsable con su entorno social.

Para la promoción de este tipo de modelo ordoliberal de sujeto económico consumidor que debe proyectarse en todas las esferas de la vida social, incluida la esfera política, y no sólo en la económica o en la jurídica, es muy importante ‘estratégicamente’ (*role adaptiva /directiva in the background*) ⁷⁷ la labor de coordinación de los esfuerzos de los *think thank* que operan a nivel transnacional; y ‘tácticamente’ es significativa la función asignada que deben desempeñar los ‘intelectuales militantes’ del neoliberalismo, en tanto y en cuanto, en ellos descansa la labor de producción de conocimientos, de distribución y de circulación del núcleo principal de las ideas neoliberales que engloba las tendencias anarco capitalistas, el pensamiento ordoliberal y las ideas de movimientos libertarios, entre otras líneas de pensamiento que comparten una misma matriz de origen liberal y de esencia liberista, aunque diferentemente matizadas. Por supuesto, para el objeto de esta tesis, esta consideración es particularmente importante en el espacio de las relaciones sociales del contexto latinoamericano y las relaciones de fuerzas convergentes que conforman un haz de poder ideológico de pensamientos ordoliberales germanos y del neoliberalismo estadounidense.

⁷⁶ Una de las definiciones más aceptadas del desarrollo sostenible la dio en 1987 la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (la Comisión “Brundtland”), definiéndolo como un “desarrollo que responde a las necesidades del presente sin poner en peligro la capacidad de las generaciones futuras para responder a sus propias necesidades”.

⁷⁷ Van der Pijl, Kees, *Transnational Classes International Relations*, cit. p.130.

Es cierto que la complejidad del mundo actual supera el reduccionismo bivalente conformado por categorías formadas por los opuestos modernos, inmersas en una dinámica de resolución conflictual de ‘suma cero’; pero también es cierto que el mundo postmoderno que da entrada a la diversidad y a la pluralidad de opciones y de categorías, *fino alla fine*, aboga por la lógica conservacionista de suma positiva, por la cooperación ordoliberal y por la ‘neutralidad’ axiológica del mercado que equivale a la ‘continuidad’ del *establishment*.

Cuando la Konrad Adenauer *Stiftung* se centra en la ‘neutralidad’ de la fórmula ‘economía social de mercado’ como expresión de ‘tercera vía’ entre sistemas y modalidades extremos de capitalismo y de socialismo, está abogando por la reproducción del *status quo actual* y por la ‘redundancia’ de su sostenibilidad sistémica. Está ‘construyendo’ y optimizando la diversidad de la diferencia en beneficio de su propio sistema. En palabras de Peter SLOTERDIJK: “*Lo que habría que hacer en última instancia es transponer aquellos principios platónicos en los principios siguientes, atinentes a una ecología de la inteligencia: lo que es predominantemente malo se elimina a sí mismo; lo que es predominantemente bueno se expande y continúa; lo que es predominantemente neutro crea suficiente redundancia como para asegurar la continuidad*”⁷⁸. Este es el motivo por el cual, en este texto, la fórmula de la neutralidad de la ‘economía social de mercado’ es incompatible con los criterios de la emancipación social, por cuanto representa un esquema de cooperación orientada a su reproducción. Es por ello el elogio al conflicto social, democrático y coherente.

4 LA CULTURA NACIONAL REDUCIDA A COSTOS DE TRANSACCIÓN CONTRACTUAL.

El ordoliberalismo como tecnología del poder no sólo necesita ‘capacidad de homologar’ como mecanismo de conservación; puede incluso a partir de la heterogeneidad de sus discursos y medios, diferenciar; con lo cual ‘incluye’ de manera diferenciada – iguales pero diferentes – en la totalidad del cuerpo social. La inclusión diferenciada como discriminación y negación de la emancipación.

No es necesario compartir totalmente la opinión, muy ampliamente conocida, del enfoque prejuiciado y parcializado practicado desde el Análisis económico del derecho, en el sentido de que los contactos estables entre las culturas ayudan a evitar las relaciones anárquicas, y que no son otra cosa sino redes

⁷⁸ Peter, Sloterdijk, *El hombre operable*, cit. p. 18.

que reducen los costos de información y de transacción contractual a través de sus elementos comunes. En este sentido, alterar la cultura nacional de un país equivale a la modificación de la subjetividad en cuanto modificación de los hábitos, los usos y las costumbres de todos y cada uno de sus ciudadanos. De este modo la continua modificación hacia la estandarización cultural occidental del entorno social, y de los hábitos y conductas de sus ciudadanos en particular, constituye una cuestión medible en términos económicos y estadísticamente publicitada en cuanto a los mejores lugares y países para invertir en cuanto al marco jurídico – legislativo existente en cada país ⁷⁹, las referencias a la estabilidad institucional, a la capacidad intelectual emprendedora y creativa de sus ciudadanos y principalmente a la tasa de retorno de los beneficios de las inversiones. Sobre todo, esta última cuestión, muy estrechamente vinculada a los gastos por concepto de salario, pagos a la Seguridad social y al gasto por las demás prestaciones sociales.

Esta visión reducida e instrumental de la noción de ‘cultura nacional’ como cuestión de optimización económica ⁸⁰, que se traduce en un intenso proceso de ‘economización de la cultura global’, justifica por sí sólo – siempre vinculado al proceso de pacificación social – la actividad de la fundación Konrad Adenauer en cuanto a su labor de promoción de las pautas globales de comportamiento en el ejercicio de su labor de intermediación ideológica en relación con el orden y la eficiencia del mercado mundial⁸¹. Desde tiempos de Carlos MARX, éste enfatizaba sobre la influencia relativa de la economía – ‘*determina en última instancia*’ – sobre la súper estructura política, social y cultural; del mismo modo, los analistas de la globalización observan e inducen el proceso de adaptación de todas las realidades nacionales y locales a las exigencias de la economía mundial, sólo que ahora de una manera más absoluta⁸², totalitaria e intensa que el punto de vista teórico enunciado por MARX.

⁷⁹ Índice de Libertad Económica 2011, de la Fundación Heritage. Los cuatro países latinoamericanos más rezagados son, por ese orden descendente, Bolivia (147), Ecuador (158), Venezuela (175) y Cuba (177) – estos tres últimos considerados sistemas reprimidos-. La posición más destacada entre los países latinoamericanos la tiene Chile, en la posición número 11. Disponible en, <http://www.heritage.org/index/Ranking>.

⁸⁰ “*Il rischio dei ‘frintendimenti’, degli equivoci, delle distorsioni interpretative assedia la comunicazione delle società globalizzate.*”, Ferrarese, Maria Rosaria, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, cit. p. 189.

⁸¹ Gessner V., *Comparación Jurídica y pluralismo jurídico global*, cit. p. 119.

⁸² *Idem*, p.120.

4.1 EL RACISMO Y LA CUESTIÓN DE NUEVAS IDENTIDADES.

En este sentido, la actividad que desarrolla el universo de la Konrad Adenauer, en América Latina, puede concebirse como una ‘empresa de producción desbordada de subjetividades ordoliberales postmodernas occidentales’ en los territorios de la modernidad latinoamericana, concibiendo la postmodernidad como aquella etapa a la que se arriba ‘cuando la teoría moderna del constructivismo social es llevada al extremo y toda subjetividad es reconocida como artificial’. En este marco, corresponde establecer la indeterminación poblacional a la cual va dirigida la actividad de construcción y de producción subjetiva del universo de la Konrad Adenauer, en correspondencia con la naturaleza de cambio cultural – aunque político – que promueve, pudiendo identificarse que su actividad se orienta hacia la totalidad del cuerpo social latinoamericano, con independencia de que utilice como intermediarios a determinados sectores políticamente relevantes de las sociedades nacionales y a los actores de los contextos locales, que han de ocuparse de reproducir el mensaje corporativo incorporado a modo de ‘conocimiento ordoliberal’. El poder del ordoliberalismo tiene su fuente de energía y de renovación en forma de difusión transcultural del conocimiento ordoliberal –.

De cualquier modo, la producción de la subjetividad postmoderna deviene en un proceso más intensivo y extensivo, el lugar de su efectividad es cada vez más indefinido, efectivo y amplio, y las formas de las subjetividades son más indeterminadas e impersonales pero calando cada vez más en la conformación de los comportamientos sociales – tanto en la esfera privada como en la esfera pública –; por lo cual la producción de subjetividades es un proceso de construcción y de deconstrucción que se ejerce de manera macro desde las instancias del poder global y de sus actores estratégicos; lo cual no elimina – aunque deteriora – la micro producción de subjetividades locales latinoamericanas provenientes de ‘un mundo moderno en transición’, que pueden contrariar o retardar el progreso postmoderno. Por lo tanto, se hace necesaria desde la visión ‘organicista’ del vértice del poder global, la intensificación de la lucha por el debilitamiento y la corrupción de la producción de las micro subjetividades locales. Para ello hubo de trasladarse y se mantiene presente – desde hace más de 40 años – la actividad de la postmoderna y ordoliberal Konrad Adenauer *Stiftung* en el espacio de la ‘modernidad latinoamericana’.

La cuestión de la producción de las nuevas identidades y la decisión de sustituir la autóctona diversidad de la subjetividad de las identidades latinoamericanas por ‘identidades estándares mercantiles’, se corresponde con los estudios realizados desde la sociología y la antropología económicas, que vinculadas en un enfoque de la sociología del desarrollo, considera que los factores

sociológicos y culturales de la sociedad predominan sobre la economía, y por ende constituyen la causa del rezago del Tercer mundo según un esquema de jerarquía cultural. De este modo, y siempre a través del cínico mecanismo del mercado y de la ley de la competencia como instrumento de *dirigismo político*⁸³, se presenta un proceso de aculturación en ‘forma de darwinismo social’ que es consustancial a un proceso de post neo colonialismo, o como un instrumento de éste, entendiendo el colonialismo en un sentido cognitivo como la usurpación y la apropiación de territorios simbólicos, de ideas, de conductas, de recursos y de orientaciones culturales. En este sentido, hay autores críticos que desde la perspectiva postmoderna y posestructuralista, sostienen abandonar el propio concepto de desarrollo y hablar de post desarrollo⁸⁴.

Sin lugar a dudas que la descripción realizada, en cuanto a la ‘construcción de subjetividades’, se corresponde con nuevas manifestaciones de racismo⁸⁵, del tipo espiritualista, que son funcionales a las manifestaciones de poder del tipo imperialistas y hegemónicas⁸⁶. La Tabla No. 1 refleja la relación de las contrapartes nacionales de las oficinas de representación de la Konrad Adenauer Stiftung en

⁸³ “El precio que la sociedad paga por la ley de la competencia...es también grande, pero las ventajas de esta ley son también grandes aún, pues es a ella a la que debemos nuestro fabuloso desarrollo material....Pero en cuanto a la ley si es benigna o no, hemos de decir...: está aquí, no podemos eludirla, no se le han encontrado sustitutos, y aunque a veces pueda ser dura para el individuo, es buena para la raza, pues asegura la supervivencia de los más aptos en cada esfera. Aceptamos y damos la bienvenida, por tanto, como condiciones a las que hemos de acomodarnos, a una gran desigualdad respecto al medio, a la concentración de la actividad industrial y comercial en manos de unos cuantos y a la ley de competencia entre ellos, considerando que no son sólo beneficiosas sino esenciales para el progreso futuro de la raza.”, Andrew Carnegie, Weal, *The Nord American Review*, junio de 1889, en George, Susan, *Sus crisis, nuestras soluciones*, cit. p. 133.

⁸⁴ Escobar, A., *La invención del Tercer Mundo, Construcción y reconstrucción del desarrollo*, Grupo Editorial Norma, Bogotá, 1996.

⁸⁵ “De hecho, escuchamos decir infatigablemente, de los políticos, de los medios, y aún de los historiadores, que el racismo ha cedido progresivamente en las sociedades modernas: desde el fin del esclavismo hasta los conflictos de descolonización y los movimientos por los derechos cívicos. Sin duda han declinado ciertas prácticas tradicionales específicas del racismo, y podríamos estar tentados a ver en el fin de las leyes del apartheid en África del Sur la clausura simbólica de toda una época de segregación racial. Desde nuestro punto de vista, sin embargo, es claro que por el contrario el racismo no ha cedido y que, en realidad, ha progresado en el mundo contemporáneo, tanto en extensión como en intensidad. Sólo parece haber declinado porque ha cambiado de forma y de estrategias. Si tomamos como paradigma de los racismos modernos las divisiones maniqueas entre adentro y afuera y las prácticas de exclusión (en África del Sur, en la ciudad colonial, en el Sur de los Estados Unidos o en Palestina), debemos ahora plantearla pregunta: hoy en día, ¿cuáles son las formas y las estrategias del racismo en la sociedad imperial del control?”, Hardt, Michael, *La sociedad mundial del control*, cit. p.5.

⁸⁶ “È poi il razzismo spiritualista il più utile ispiratore delle politiche coloniali imperialiste tipiche di uno Stato che, non potendo aspirare a una egemonia esclusivamente militare, fu costretto a ripiegare sulla ricerca di una sorta di egemonia culturale.”, Somma, Alessandro, *Economia di razza. Dal fascismo alla cittadinanza europea*, cit., p. 93.

Latinoamérica, y los años de presencia y de actividad en cada uno de los contextos nacionales según la información publicada por la propia fundación en sus sitios webs.

Sirva de ejemplo de subjetividad construida, referirse a la existencia de la Organización de Consultores Políticos Latinoamericanos – OCPLA –, organización adscrita integralmente al Programa Medios y Democracia en Latinoamérica, cuya sede radica en Argentina e integra a “*un grupo de consultores de comunicación política que comparten los valores políticos del centro democrático. El objetivo del grupo es contribuir al desarrollo y al fortalecimiento de los partidos políticos de la región como forma de fortalecer la democracia. OCPLA es un conjunto de expertos de varios países de Latinoamérica especializado en la comunicación política, campañas estratégicas y campañas electorales así como el marketing político. El grupo mantiene una red de cooperación estrecha y brinda servicios de consultoría a partidos y políticos del Centro Democrático*”⁸⁷. Esta organización realiza una exhaustiva cobertura de todos los procesos electorales que tienen lugar en el espacio geográfico que cubre el universo de la fundación Konrad Adenauer – entiéndase todo el subcontinente latino –, lo cual cubre tanto las elecciones municipales, como legislativas y presidenciales de cualquiera de los estados nacionales, y brinda sus servicios técnicos de asesoría y de capacitación para los actores del centro político, comenzando su diagnóstico con una matriz DAFO de debilidades, amenazas, fortalezas y oportunidades para identificar las necesidades del partido – u actor político – a nivel estratégico, táctico y operativo ⁸⁸. Una vez acordada la colaboración con el partido u actor político, el Programa regional Medios y Democracia de la fundación Konrad Adenauer se hace cargo de los gastos y honorarios que implique la consultoría. El aporte más importante del partido es la voluntad de avanzar en el campo de comunicación política, y el tiempo de sus miembros relevantes para asistir a las auditorías y los talleres con los consultores de OCPLA. En esencia, el partido político en cuestión sólo debe preocuparse por estar dispuesto a reformar su subjetividad orgánica en los valores de la democracia cristiana y abrazar los postulados del ordoliberalismo, y para ello es suficiente garantizando su presencia. Los costos de formación política los asume la Konrad Adenauer *Stiftung*, y ya se expuso anteriormente que sería una frivolidad considerar que este tipo de acción atenta contra la lógica económica – esta es una inversión política orientada a la producción de identidades ordoliberales, que

⁸⁷ La Organización de Consultores Políticos Latinoamericanos (OCPLA), <http://www.ocpla.net/>

⁸⁸ *Cómo ganar el corazón y la mente de los votantes*, con este libro se ofrece un acercamiento teórico y práctico a las estrategias y tácticas para campañas electorales exitosas. El autor Alberto de Aragón, es miembro de la Organización de Consultores Políticos Latinoamericanos de la Fundación Konrad Adenauer, y presenta su vasta experiencia en cómo ganar el corazón y la mente de los votantes, publicado el 18 de noviembre del 2009, en Guatemala.

contempla una tasa de retorno de la inversión que queda amortizada en el proceso histórico de interacciones sociales – y seguramente antes que después –.

Puede exponerse entonces, que la actividad de la fundación Konrad Adenauer en América Latina, como actor transnacional que ejercita las técnicas propias de la gestión de la gobernanza, deviene en un ‘intenso y acelerado proceso de financiación foránea y de construcción subjetiva postmoderna ordoliberal, que pretende canalizar la finalización de la truncada y pendiente modernidad latinoamericana’, para incorporarla de un modo más intenso en su ‘complementariedad’, a todo el universo natural – geográfico y poblacional – del mercado mundial capitalista de bienes y servicios. El paso de la postmodernidad latinoamericana como modelo cooperativo de sociedad global implica, a los efectos ordoliberales, el cierre de la posibilidad – en el menor de los casos el incremento de la dificultad – de retornar a un mundo moderno conflictivo y dialéctico, que pudiere intentar superar sus carencias existenciales a los que está sometido por derroteros diferentes al marcado por la gobernanza mundial. El cierre de exclusas a derroteros diferentes y alternativos requiere, entre otras cuestiones, del proceso de la institucionalización de los conceptos y las líneas de pensamiento ordoliberales en las sociedades latinoamericanas, y del proceso hegemónico educativo para la formación de las nuevas subjetividades estándares universales en sustitución de la autóctonas locales.

Valga llamar la atención sobre las consecuencias de cualquier cuestión teórica y tendencia de generalización de modelos de comportamientos humanos sin tener en cuenta el entorno social donde ha de convivir. No son equiparables las condiciones de vida de un individuo, una familia o una comunidad en el entorno social latinoamericano con las condiciones de vida de un ciudadano europeo, o estadounidense en su entorno social local. El trasplante ordoliberal europeo en América Latina tiene en consideración las características socio culturales del subdesarrollo regional, sólo en el sentido pragmático y utilitarista que la consideración cultural recibe desde la efectividad y la plasticidad de la práctica de desubjetivación local de la gobernanza global, por cuanto se trata de conformar posturas sociales estandarizadas y obtener comportamientos humanos funcionales y predecibles para el cálculo económico, susceptibles de movilidad, de experimentación, de ajuste y de sustitución, que constantemente se adecúen a nuevos contextos dinámicos y diversos.

El ordoliberalismo y la actividad de la Konrad Adenauer en América Latina, evitan pronunciarse sobre los términos de las construcciones sociales y jurídicas occidentales que se han realizado sobre la consideración racial de un sujeto universal, identificado sobre la base de un modelo analítico

convencional occidental, de hombre blanco y de clase media ⁸⁹, bien distante de la enorme realidad continental latinoamericana conformada por una masa de sujetos con identidades de razas mestizas, de culturas aborígenes y de religiones sincréticas, que subsisten bajo una precaria y crónica situación económica.

La cuestión se resuelve en la tendencia postmoderna cooperativa orientada a eludir el conflicto de razas y de las clases sociales – cuando no a esconder las diferencias intelectuales de las distintas comunidades culturales –, a través del discurso soportado sobre las normas meritocráticas consideradas neutrales respecto a las diferencias raciales – ‘un fundamentalismo meritocrático ciego al color’ ⁹⁰. Sobre esta cuestión, el discurso de la tesis se acoge a la consideración de Duncan KENNEDY que considera que los juicios racionales meritocráticos no pueden ser ideológicamente y culturalmente neutrales, pues siempre quedan contenidos inevitablemente por la conciencia racial y por la subjetividad del autor – la ideología se esconde al interno de los modelos meritocráticos del pensamiento occidental – ⁹¹. Y que por demás, la cuestión de la identidad racial supera la consideración de la pigmentación de la piel, e incluye la herencia, la experiencia y una identidad cultural y personal que bajo condiciones sociales específicas podrá manifestarse a modo de estigma o a modo natural. Eludir *kasianamente* el discurso de la no homogeneidad racial y política de la cultura latinoamericana, facilita la construcción social homogénea y neutra a partir de la consideración de la categoría del ‘consumidor’ como soberano del mercado, y evita que las naciones tercermundistas desarrollen cualquier acción cercana a conformar una *politica dell’identità* ⁹² que podría reforzar una subjetividad local particular en pos de un mayor ejercicio de soberanía, sin que ello implique un

⁸⁹ “De esto resultaba un globalizante programa denominado de renovación racial, que tenía como objetivo la creación del ser alemán-völkisch, estilizado como la nobleza de la raza, alto, de cara alargada, rubio, de ojos azules, y parecerse a las luminosas figuras nórdicas del pintor Fidus, creyente en lo germano (...)”, Puschner, Uwe, *El movimiento völkisch. Historia, Estructura, Ideología, en, Alemania en el Siglo XX. Universidad de los Andes, Facultad de ciencias sociales, Bogotá, DC Colombia. 2009, p. 35.*

⁹⁰ Kennedy, D., *A Culture pluralist Case for affirmative action in legal academia.* 1990. p. 727. Disponible en, <http://duncankennedy.net/documents/Photo%20articles/A%20Cultural%20Pluralist%20Case%20for%20Affirmative%20Action%20in%20Legal%20Academia.pdf>

⁹¹ Minda, Gary, *Teorie postmoderne del diritto*, cit. p. 299.

⁹² Minda, Gary, *Teorie postmoderne del diritto*, cit. p. 297.

llamado a un ‘nacionalismo racial’, o un ‘nacionalismo postmoderno’.

El habitual desconocimiento de las identidades raciales diferentes, excluidas de las construcciones dogmáticas ‘modernas’ del Derecho, impide una mejor perspectiva de la igualdad racial de derecho, y de hecho, refuerza las teorías de objetividad, de neutralidad y de universalidad, así como contribuye a la dificultad de comprender mejor la experiencia del racismo, su estructura ideológica y sus discursos intelectuales. Al abordar e instrumentalizar la diferencia racial latinoamericana desde la actividad *kasiana*, se incluye la aceptación de la diferencia cultural existente entre Latinoamérica y Europa, y en particular la diferencia con la Alemania ordoliberal. De esta manera, la esencia de la discriminación radica en el modo según el cual la identidad racial se define en términos de relación de privilegios ‘diferenciada’ con ‘los otros’. El no reconocimiento genuino de la diferencia racial, intelectual y cultural, permite a la ideología racista la reproducción de la dicotomía y de la polaridad, a fin de ‘*stabilire una metafísica della presenza*’ como forma de control ideológico que persuade a las clases dominadas a aceptar la dominación como una cuestión inevitable, legítima y racionalizada. Sobre esta cuestión reluce el concepto *gramsciano* de ‘*egemonia*’.

La conciencia de la raza determina y define la noción de la identidad, de modo que el discurso ordoliberal al no abordar el análisis de las diferencias raciales y la no homogeneidad de la cultura humana, geográficamente distribuida, conlleva por ende a un debilitamiento de la identidad subjetiva latinoamericana, y con ello se facilita el proceso de estandarización subjetiva occidental en el contexto global. Esto también pertenece a la actividad de la Konrad Adenauer en América Latina, esconder las diferencias de las identidades culturales y los intereses en oposición entre América Latina y Europa, promoviendo una igualdad formal global desde la retórica del derecho internacional, con lo cual implícitamente promueve la subordinación de posiciones de unos pocos estados del *norte* sobre otros muchos estados del *sur*.

Debe resaltarse el potencial, tanto del pensamiento neoliberal como en sentido estricto del pensamiento ordoliberal, capaces de proyectar ideas integrativas y liberadoras, siempre en grado de legitimar su propia visión hegemónica, al punto de que el reconocimiento de las diferencias raciales en la práctica postmoderna no conlleva a resolver la cuestión de fondo. El reconocimiento de la diferencia, a un determinado grado, permite desde la tecnología del vértice del poder reconocer dos cuestiones que se superponen e instrumentalizan recíprocamente: Que la diferencia no constituye una patología de la comunidad, y a su vez es necesaria la diferenciación para instrumentalizarla a favor de la cooperación a todos los niveles, en aras de la pacificación social. Se está en presencia de un constructivismo

nacionalista, cosmopolita, racista y postmoderno⁹³.

4.2 INDICADORES – *ECONOMIC PERFORMANCE* – DEL BANCO MUNDIAL.

La ‘cultura de la competencia’, propia del orden jurídico globalizado, ataca y asedia a las ‘culturas nacionales’ para convertirse en una ‘*parola di ordine*’ y en una prescripción necesaria que debe ser ‘observada’ para la propia supervivencia de las culturas y los respectivos Derechos nacionales; sin que en ello se encuentre ausente la cuestión ideológica de la necesidad de la prescripción transnacional de una nueva forma del ‘deber ser’, tanto a nivel individual como a nivel colectivo.

Un ejemplo paradigmático es el que emana de los reportes anuales titulados *Doing Business*, del Banco Mundial, como expresión de la voluntad de conformar una estandarización jurídica a nivel internacional, según la lógica de la competitividad entre los ordenamientos jurídicos nacionales, sujetos a una tabla comparativa elaborada sobre indicadores cuantitativos – *benchmarking* –, que miden numéricamente la capacidad de reacción – ‘*reactividad*’ – de los sistemas jurídicos nacionales para adaptarse respecto a las exigencias de inversión del mercado global. En cualquier caso, los ‘reportes’ de la Banca Mundial construyen una aparente ‘relación de irreconciliabilidad’ entre los sistemas del *common law* y del *civil law*⁹⁴, que alimentan la retórica de la literatura comparatística sobre la valorización de una gradual convergencia entre las dos familias jurídicas occidentales, que a su vez alimentan la retórica sobre la *Western legal tradition* como ‘sistema operativo’, capaz de extenderse al plano global, sobre todo en su versión norteamericana⁹⁵.

En cualquier caso, la cuestión de fondo es que la Banca Mundial asume que ‘el principio de la competencia’ es un principio organizativo que no se limita a la esfera económica, y que es capaz de alzarse como regla de organización de la esfera jurídica, que promueve la circulación y la difusión de

⁹³ Minda, Gary, *Teorie postmoderne del diritto*, cit. p. 305.

⁹⁴ “*Negli ultimi due anni il mondo del diritto è stato, in effetti, attraversato da una vera e propria guerra tra sistema americano, veicolato dalla Banca Mondiale, e del diritto francese come modello di pensiero giuridico alternativo al primo. Uno scontro che noi avevamo puntualmente annunciato e previsto nei nostri rapporti annuali sul capitalismo. (...) Tali rapporti hanno ‘stabilito’ l’inefficienza dei sistemi giuridici di origine romanista, e del diritto francese in particolare, rispetto ai modelli giuridici di common law (...)*”, Monateri, Per Giuseppe, *Globalizzazione e diritto europeo dei contratti*, cit., pp. 175 – 176.

⁹⁵ Somma, Alessandro, *Giocchi senza frontiere*, Boletín mexicano de Derecho Comparado, número 190, enero – abril, 2004. p. 170 y ss.

regulaciones estándares, consideradas eficientes en los más diversos escenarios institucionales nacionales, siempre a partir de la valoración del ‘impacto’ de la regla jurídica sobre la competitividad del mercado .

Esta ‘política de los indicadores’ – *economic performance* – practicada desde la Banca Mundial debe valorarse como un esfuerzo por la búsqueda de la legitimidad del orden mundial, carente de un sentido democrático, y propio de las prácticas de la *governance* y de las manifestaciones del *soft law* como técnicas postmodernas de gestión del poder a escala global, que actúan como ‘caja de resonancia’ de los intereses económicos más fuertes y mejor organizados, y en consecuencia, como parte del proceso de ‘economización’ de las culturas nacionales.

La medición económica de las ‘culturas nacionales’ traslada el otrora foco del ‘prestigio’ – como base de la circulación y mutación de modelos jurídicos –, a la cuestión del impacto económico nacional en la recepción de normas jurídicas provenientes del exterior, que en su mayor extensión se imponen a los países subdesarrollados, de manera funcionalizada, modificando sus fundamentos culturales⁹⁶.

El profesor SOMMA aborda la cuestión de la ‘metamorfosis’ de las políticas racistas globales, que han visto desplazar su centro de gravedad desde las explicaciones genéticas hacia las razones culturales, de modo que se han convertido en un instrumento de asimilación e incorporación *al ordine* del mercado, sin que con ello decaiga un ápice su esencia de sometimiento racista, en particular, hacia el Tercer mundo. Para el profesor SOMMA tanto el racismo cultural como el racismo científico son expresiones de un mismo fenómeno de discriminación, y cuya manifestación, en última instancia, depende de las condiciones contextuales siempre funcionalizadas por el poder según un criterio de ‘oportunidad’: “*Il razzismo culturale denuncia invece l’intento di naturalizzare la cultura, ovvero di ritenerla un fatto biologico, esattamente come la razza. Esso costituisce cioè una versione aggiornata del razzismo scientifico, confezionata evidentemente per superare le obiezioni sollevate dalla ricerca genetica, che ha definitivamente sottratto fondamento scientifico ai numerosi tentativi di individuare le diverse razze umane. Ma vi è di più. Il razzismo culturale avrebbe anche condotto al superamento della logica gerarchica tipica del razzismo scientifico, e sostituito ad essa una logica di differenziazione*”⁹⁷.

⁹⁶ Amodio, C., *Nell’occhio del ciclone. La Francia alla prova dei processi di denazionalizzazione del Diritto*. cit. p. 628.

⁹⁷ Somma, Alessandro, *Economia di razza. Dal fascismo alla cittadinanza europea*, cit., p. 29.

II PARTE – MANIFESTACIONES CONTEMPORÁNEAS DEL ORDOLIBERALISMO.

CAPÍTULO 5 – LA SOLIDARIDAD RESIGNIFICADA EN SUBSIDIARIEDAD.

Sumario: 1 La solidaridad gradual como subsidiariedad de existencia mínima. 2 La solidaridad como ‘activo de seguridad’ ordoliberal. 3 La solidaridad constreñida al espacio del mercado. 4 Interacciones entre agentes catalácticos y agentes bisognosi. 5 El ciudadano devenido ‘consumidor’. 6 A Modo de síntesis: ¿Por qué la Konrad Adenauer Stiftung?

CAPÍTULO 5 – LA SOLIDARIDAD RESIGNIFICADA EN SUBSIDIARIEDAD

El pensamiento ordoliberal, deudor de una fuerte influencia católica, somete y condiciona el ejercicio de la solidaridad social al principio de funcionamiento subsidiario del Estado de Derecho de ‘mínima solidaridad’

1.

“Resignificar es como traducir o recrear, cuando el texto es leído por el historiador o el historiador es leído por el texto, es volver a interpretar y construir el hecho histórico para ser confrontado intersubjetivamente. En esa alquimia se va a producir el renacimiento del hecho histórico, que permite traer al presente viejas polémicas del pasado para una reinterpretación de la historia que permite re/elaborar. (...) En la resignificación se trata de dar un testimonio que atiende a un problema ético, que finalmente es algo que atañe a la responsabilidad personal. Pero toca de fondo las normas, los valores y los criterios éticos del medio en el que trabaja el sujeto. Podemos hablar entonces de una tensión del suceso, es decir la voluntad del deseo adquiere un significado especial en distintos momentos en los que se pone en duda la indiferencia del historiador².” De modo que con BERENZON, resignificar la solidaridad equivale a la promoción de una nueva lectura según los intereses y los valores sociales en juego. En este caso, resignificar la solidaridad según el principio eminentemente ordoliberal de la subsidiariedad, equivale a reducirla a la caridad y a la misericordia. Ambos conceptos – caridad y misericordia – profundamente humanistas y cristianos, son funcionales al sostenimiento del sistema *quo*, por cuanto operan sobre las consecuencias sin cuestionarse las causas que provocan la

¹ “La solidaridad precisa de la subsidiariedad. La subsidiariedad precisa del actuar con responsabilidad propia. El Estado debe posibilitarle y facilitarle al ciudadano este actuar.”, El programa de bases programáticas, aprobado por la Convención nacional de la Unión Demócrata Cristiana de Alemania (CDU), en Hannover, 3-4 de diciembre de 2007. cit., p.9.

² Berenzon, Gorn Boris: *La re/significación y la historia*, Facultad de Filosofía y Letras. UNAM, México, D.F. 2003. p. 11.

disfunción social. De este modo, un comportamiento social caritativo y misericordioso sirve, a modo de paliativo biopolítico y bioeconómico, al sostenimiento organicista de las propias estructuras y las relaciones de poder existentes. Compatibles a su vez con un tipo de individualismo altruistas en términos de POPPER.

La cuestión de la solidaridad, sus tipos y su significación fue abordada por el filósofo francés Emile DURKHEIM³ a finales del siglo XIX, a través del estudio del sistema de reglas jurídicas, para realizar una aproximación sociológica, funcionalista, organicista y corporativista⁴, con la cual definió tres tipos de solidaridad. Definió un primer tipo como de ‘solidaridad mecánica’ caracterizada por las sociedades donde impera la semejanza y la homogenización que empobrece la individualidad; un segundo tipo denominado ‘solidaridad real’ que refiere directamente a la relación ‘negativa’ que se establece directamente entre las personas y los derechos reales sobre las cosas; y un tercer tipo denominado ‘solidaridad orgánica’ que deviene directamente del hecho de la división social del trabajo como causa generadora de necesidades y de dependencias mutuas y simultáneas. DURKHEIM asumió que por sí sola – la división social del trabajo – no era capaz de producir civilización, sino que sólo era capaz de crear la necesaria cohesión social, siempre y cuando, esta sea ‘normal’ y genere el tipo de ‘solidaridad orgánica’ necesaria para generar un tipo de ‘relaciones positivas’ o de cooperación del cual deriva un conjunto de reglas jurídicas que proveen la suficiente cohesión social que pueden denominarse ‘derecho cooperativo’.

En este apartado se parte de la literatura desarrollado por DURKHEIM, reconocido como autor insigne del funcionalismo, para vincularlo con la práctica del pensamiento ordoliberal. De modo que la estrategia de gestión ordoliberal – practicada institucionalmente por la Konrad Adenauer *Stiftung* –

³ Durkheim, Émile, *La división social del trabajo*, Tesis doctoral, 1893.

⁴ “Una nación no puede mantenerse como no se intercale, entre el Estado y los particulares, toda una serie de grupos secundarios que se encuentren lo bastante próximos de los individuos para atraerlos fuertemente a su esfera de acción y conducirlos así en el torrente general de la vida social. Acabamos de mostrar cómo los grupos profesionales son aptos para desempeñar esta función, y cómo todo les destina a ello. Concíbese, pues, hasta qué punto importa que, sobre todo en el orden económico, salgan de ese estado de inconsciencia y de inorganización en que desde hace siglos han permanecido, dado que las profesiones de esta clase absorben hoy día a la mayor parte de las fuerzas colectivas.(...) La ausencia de toda institución corporativa crea, pues, en la organización de un pueblo como el nuestro, un vacío cuya importancia es difícil exagerar. Es todo un sistema de órganos necesarios al funcionamiento normal de la vida común, el que nos falta. Un vicio tal de constitución no es, evidentemente, un mal local, limitado a una región de la sociedad, es una enfermedad totius substantioe que afecta a todo el organismo, y, por consiguiente, la empresa que tenga por objeto ponerle término no puede dejar de producir las consecuencias más amplias. Es la salud general del cuerpo social la que está interesada.”, Durkheim, Émile, *La división social del trabajo*, Tesis doctoral, 1893.

incorpora en su quehacer, tanto la propia producción simbólica, como la redefinición y la reapropiación de imaginarios que concentran alta carga de legitimidad; lo cual incluye por su elevado capital simbólico la apropiación y la asimilación del valor solidaridad⁵. El ordoliberalismo ha tenido ‘éxito’ al limitar el carácter funcional e instrumental de la ‘solidaridad’, de tal manera que no se debe temer que en un contexto ordoliberal la ‘solidaridad’ motivase y fuese un ‘motor’ significativo para la realización de algún mutamento social.

Otros valores como pueden ser ‘el desarrollo’, ‘la independencia’, ‘la democracia’, ‘la sostenibilidad’, ‘la educación’, ‘la salud’ y ‘la justicia social’ entre otros, son también referentes simbólicos susceptibles de una útil apropiación y funcionalización en el contexto latinoamericano, según las necesidades sistémicas e históricas acumuladas.

La operación de ‘redefinición ordoliberal de la solidaridad’ como valor, es necesaria para el *establishment* por la carga simbólica y política acumulada que la identifica con los ideales de transformación y de justicia social. Se trata entonces de realizar una sistemática operación de trasvase de ‘resignificación de las identidades progresistas’⁶, en el sentido ordoliberal del progreso, que permita funcionalizar el referente capital social solidario y convertirlo en un instrumento de conocimiento, de comunicación y de dominación, que a *la fine* habrá de convertir a la solidaridad en un instrumento de asimilación, de acción, de consumo y de legitimación del universo corporativo de la fundación Konrad Adenauer.

Una de las hipótesis que se defiende en esta tesis es que al pensamiento ordoliberal, y en particular a la ‘economía social de mercado’ como dispositivo ordoliberal, le son ajenas, en rigor, el concepto de la ‘solidaridad’. La ‘solidaridad ordoliberal’ queda contenida, instrumentalmente, en el ‘principio de la subsidiariedad’ que rige el funcionamiento de la actividad jerarquizada del Estado.

El ‘robusto’ y subsidiario Estado ordoliberal, sujeto únicamente al criterio de intervenciones funcionales sobre el mecanismo del mercado, sólo contempla la posibilidad de practicar un tipo de ‘solidaridad vertical’ como expresión de su dimensión fiscal, biopolítica y organicista, orientada a la mera pacificación social y a la reproducción de las condiciones constitutivas del mercado. De este

⁵ Bourdieu, Pierre, *Poder, derecho y clases sociales*, cit., p. 106.

⁶ Kohán, Néstor, *La gobernabilidad del capitalismo periférico y los desafíos de la izquierda revolucionaria. Crisis orgánica y revolución pasiva: el enemigo toma la iniciativa*, en *Rebelión*, 2006, Disponible en, <http://www.rebelion.org/noticia.php?id=40194>.

modo, el principio de organización de descentralización del estado, asentado sobre el criterio de la ‘subsidiariedad vertical’, delimita la repartición de las competencias legislativas y las funciones territoriales de los entes públicos, al mismo tiempo anula la posibilidad de practicar al interno del espacio del mercado un tipo de ‘solidaridad horizontal’ orientada a dotar de mejor manera, material y legal, a los contrayentes estructuralmente débiles de la relación jurídica. La ausencia de una ‘solidaridad horizontal’ en el modelo económico ordoliberal, como consecuencia de la aplicación estatal del principio católico de la ‘subsidiariedad horizontal’⁷, elimina la posibilidad de convertir al espacio del mercado en un espacio de emancipación individual y de redistribución de la riqueza social orientado a hacer disminuir las diferencias entre las clases sociales. De modo que la aplicación estatal del principio católico de la subsidiariedad⁸, en sus dos niveles – *l’indissociabilità della dimensione verticale e di quella orizzontale* –, prescribe normativamente sobre toda la sociedad, la validez del criterio de la justicia conmutativa privada en el espacio de la concurrencia del mercado.

I LA SOLIDARIDAD GRADUAL COMO SUBSIDIARIEDAD DE EXISTENCIA MÍNIMA.

En el pensamiento ordoliberal la ‘solidaridad’ deviene subsidiaria, por cuanto siempre es contingente y sólo se actúa y se practica bajo un ‘estado de necesidad’ que requiera garantizar ‘un mínimo existencial para todos’⁹. Esta concepción de una ‘solidaridad subsidiaria’ proviene del fuerte aliento inspirador de la moral cristiana, misericordiosa, piadosa y caritativa, que ha encontrado en las encíclicas papales el aliento y la expresión axiológica y normativa del pensamiento eclesiástico de la iglesia Católica Romana¹⁰.

⁷ Rescigno Giuseppe, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Diritto pubblico*, 2002. pp. 6 e ss.

⁸ “*la solidarietà senza sussidiarietà può generare facilmente in assistenzialismo, mentre la sussidiarietà senza solidarietà rischia di alimentare forme di localismo egoistico*”, Compendio della dottrina sociale della Chiesa, Città del Vaticano, 2004, p. 192.

⁹ “*Es compatible con la Ley Fundamental, el que los subsidios, que se otorgan a quienes no pueden procurarse su propio sustento por padecer una incapacidad física o intelectual, tengan carácter permanente, y que las pensiones de orfandad originadas en el seguro que tienen los empleados se otorguen sólo hasta que el beneficiario cumpla 25 años de edad (§ 44, frase 2 AVG).*”, Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe. Sentencia BVerfGE 40, 121 [Pensión de orfandad II]. cit., p. 355.

¹⁰ “*Para conseguir estos fines el Estado debe participar directa o indirectamente. Indirectamente y según el principio de subsidiariedad, creando las condiciones favorables al libre ejercicio de la actividad económica, encauzada hacia una oferta abundante de oportunidades de trabajo y de fuentes de riqueza. Directamente y según el principio de solidaridad, poniendo, en defensa de los más débiles, algunos límites a la autonomía de las partes que deciden las condiciones de*

La ‘solidaridad ordoliberal’ se presenta como una ‘subsidiariedad jerarquizada y gradual’¹¹, que responde a la visión organicista de la sociedad, donde ha de imperar el ‘orden’ en función de la eficiencia y de la competitividad del sistema social¹². Esta consideración ordoliberal de la ‘solidaridad’ es una concepción biopolítica y bioeconómica, que pone en tela de juicio la retórica consideración cristiana de ‘amor al prójimo’ de la ‘economía social de mercado’, y que a su vez, define a la dignidad humana como un fin propio¹³. Para decirlo con palabras de RODOTÀ que en defensa de la más genuina dignidad humana y la verdadera realización de los derechos sociales, se opone a la reducción del ‘derecho a existir’ como un mero ‘derecho a la existencia’ de ‘grado zero’: “Tomar en serio la

trabajo, y asegurando en todo caso un mínimo vital al trabajador en paro.”, Centesimus Annus. Sobre la cuestión social, Carta Encíclica del Sumo Pontífice Juan Pablo II, en el Centenario de la Rerum Novarum, del 1 de mayo de 1991.

¹¹ “El objetivo es garantizar un mínimo existencial a quienes no están en condiciones de obtener un ingreso en el mercado. Para tener la plena seguridad de que los pagos por transferencia sólo benefician a quienes no están en condiciones de mantenerse por sí mismos, se requiere hacer un estricto análisis de las necesidades básicas. En coincidencia con el principio de subsidiariedad proveniente de la Doctrina Social de la Iglesia, todos tienen la obligación de obtener ingresos en el mercado en la medida de sus posibilidades. Sólo en caso de que eso no sea suficiente para cubrir el mínimo existencial el Estado deberá efectuar pagos complementarios.”, Ernste, Dominik H., *Una perspectiva ordoliberal de la Economía Social de Mercado. Basado en los “Principios de política económica” de Walter Eucken.*, cit. p. 67.

¹² “La libertad facilita y necesita la construcción de la vida asumiendo la propia responsabilidad. Por tanto hay que arreglar la vida social según el principio de la subsidiariedad: Lo que el ciudadano puede conseguir mejor o igualmente bien el mismo, con su familia o en libre cooperación con otros, debe mantenerse como su cometido. El Estado y las entidades municipales solamente deben asumir tareas, si éstas no las pueden cumplir los ciudadanos particulares o respectivas comunidades más pequeñas. El principio de la subsidiariedad también es válido entre comunidades de menor y mayor tamaño así como entre las asociaciones libres e instituciones del Estado. La subsidiariedad exige que las comunidades más grandes, incluso en la esfera estatal, entren en acción cuando las necesidades socio-políticas rebasen la capacidad de rendimiento de los individuos o de las comunidades de menor tamaño.”, El programa de bases programáticas, aprobado por la Convención nacional de la Unión Demócrata Cristiana de Alemania (CDU), en Hannover, 3-4 de diciembre de 2007. Cit., p.8.

¹³ “La solidaridad es un dictado del amor al prójimo y corresponde a la condición social del hombre. El objetivo de posibilitar una vida digna para todos nos obliga a actuar solidariamente. La solidaridad debe dirigirse sobre todo a aquellas personas que permanentemente no tienen la capacidad de crear los fundamentos de una vida libre por su propio esfuerzo, que aún no la poseen o han dejado de poseerla. Cada uno tiene el derecho de recibir y la obligación de dar solidaridad y contribuir con su trabajo y su rendimiento a que la comunidad pueda interceder por el individuo. Nos declaramos partidarios de esta responsabilidad mutua. Formas elementares de solidaridad son la ayuda y el apoyo en la convivencia directa y personal – en la familia, entre amigos y vecinos y en comunidades particulares. Sin embargo, ahí donde las fuerzas del individuo quedan rebasadas, tienen que ayudar la comunidad y el Estado.”, El programa de bases programáticas, aprobado por la Convención nacional de la Unión Demócrata Cristiana de Alemania (CDU), en Hannover, 3-4 de diciembre de 2007. cit., p.9.

existencia humana, impone oponerse a una ‘existencia mínima’¹⁴”.

La ‘nueva’ economía social de mercado que promueve la política de la CDU, como intelectual orgánico que sustenta la reforma del Estado social en Alemania, y en el marco del proceso de globalización y de exportación de los principios ordoliberales, tiene como esencia fundamental la promoción y la aplicación central del principio *directriz* de la subsidiariedad¹⁵. A lo cual se acoge la práctica y la actividad intelectual de la fundación Konrad Adenauer en América Latina. La consagración constitucional del principio de subsidiariedad como principio plurisignificativo y regla de delimitación entre lo público y lo privado, es consustancial con la consideración de un Estado social y de derecho con funciones mínimas en la esfera de la economía y de la sociedad civil – ‘Estado mínimo’ – como forma de refundación autoritaria del capitalismo¹⁶.

2 LA SOLIDARIDAD COMO ‘ACTIVO DE SEGURIDAD’ ORDOLIBERAL.

La redefinición ordoliberal del valor solidaridad como ‘activo de seguridad’¹⁷, y su asimilación al esquema del poder, es consustancial a la reducción de sus límites y a la consideración de la solidaridad vertical como mecanismo de aportación fiscal, que queda contenido tanto en la esfera de la privacidad individual – la solidaridad deviene básicamente en una cuestión privada que concierne al individuo –, como en la observancia de las leyes de la economía capitalista y el libre acceso del sujeto económico al

¹⁴ Rodotà, Stefano, *Droits des pauvres, pauvres droits?: prendre sul serio il diritto all'esistenza, impone di opporsi all'esistenza "minima"*, Basic Income Network, 27 de septiembre, 2011, p. 2. Disponible en, <http://www.bin-italia.org/pdf/rodota.pdf>

¹⁵ “Tenemos que acordarnos nuevamente con más energía de los principios fundamentales de ordenamiento referente a la economía social de mercado y llevarlos al justo equilibrio para conseguir los objetivos de pleno empleo, crecimiento económico permanente y oportuno, presupuestos sólidos y sistemas de seguridad social estables. Forma parte de eso conservar la creación y manejar cuidadosamente los recursos naturales. Entonces también podemos ser en el futuro el país de libertad y justicia, ascenso y seguridad, convivencia y solidaridad. El principio de la subsidiariedad debe ser la directriz. Tiene que aplicarse: la menor intervención del Estado posible, tanto Estado como sea necesario. Alemania requiere reformas fundamentales para que podamos asegurar y aumentar nuestro bienestar. En este contexto la justicia social se mide primordialmente por las oportunidades de vida que tengan los ciudadanos.”, El programa de bases programáticas, aprobado por la Convención nacional de la Unión Demócrata Cristiana de Alemania (CDU), en Hannover, 3-4 de diciembre de 2007. cit., pp. 35 y 36.

¹⁶ Zúñiga, Francisco, *Vieja-nueva constitución*, Pensamiento Constitucional Año XII n. 12, Fondo editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. p. 408.

¹⁷ San Pedro, V., Jerez, A., López, J., *ONG, medios de comunicación y visibilidad pública. La ciudadanía ante la mediatización de los mensajes sociales*, cit. p. 256.

mercado competitivo de bienes y servicios – la libertad individual restringida a la funcionalización de la libertad económica, como ‘razón’ orientada a hacer posible el funcionamiento del mercado (*Marktkonform*) –¹⁸.

De este modo, tanto la solidaridad como la libertad individual reducida a libertad económica, únicamente, pueden encontrar su más plena realización en el espacio de las relaciones privadas del mercado, y en función de los intereses generales de la comunidad. Por lo tanto, en el pensamiento ordoliberal el respeto a las leyes del mercado – como objetivas y naturales con proyección de validez universal –, se convierten en última instancia en la clave y en condición *sine qua non* para alcanzar el beneficio colectivo de ‘la convivencia cooperativa’ como expresión del ‘sentido común’ de todos los seres humanos en sociedad. Sean cuales fueren las reales condiciones de existencia humana y las desigualdades existentes, estas quedarán canceladas por la vocación homogenizante de la democracia de mercado, a través del ejercicio de la política del Derecho en cuanto a la conformación ordoliberal de la ‘sociedad de derecho privada’. El acto de consumo y su fuerza normativa será ‘razón’ suficiente para estandarizar, uniformar e incorporar a todo el cuerpo social como parte esencial del modelo sostenible del desarrollo cooperativo global.

Retomando la cuestión de la ‘solidaridad’, el concepto se reconstituye en la visión ordoliberal sobre la renuncia a ser un elemento angular de la transformación, de la redistribución y de la justicia social; y se reconceptualiza sobre la negación del conflicto y de la confrontación con el orden económico, reconfigurando su contenido solidario en acciones económicas de intercambio y ‘reconfigurándose como un concepto conservador – un anti valor –, no antagónico con el sistema de valores egoístas y hedonistas imperantes’¹⁹.

Básicamente en el pensamiento ordoliberal – y según su visión organicista de funcionamiento de la sociedad – el papel de la solidaridad humana, entre individuos y entre individuos y el estado, no es aquel rol históricamente vinculado con el de la emancipación y el de la libertad; sino que la solidaridad ordoliberal se limita a jugar un rol hedonista individual, orientado a la ‘seguridad sistémica’ y a la

¹⁸ “Müller-Armack nos dice que “el principio regulador de las intervenciones sociales en una economía de mercado debe ser el de su compatibilidad con el funcionamiento de una producción acorde con el mercado y de su correspondiente proceso de distribución”. Esto es lo que él denominó medidas *Marktkonform* (acordes con el mercado).”, Lazcano Gutiérrez Ivan, *El ordoliberalismo alemán y la Economía Social de Mercado*, cit., p.138.

¹⁹ Díez Rodríguez, Ángeles, *Las ONG como campo de relaciones sociales*, en *Las ONG y la política*, Ciencia Política, Istmo, 2002. p. 135.

propia satisfacción personal de aquel que se encuentra en condiciones de contribuir, exclusivamente, según los mecanismos tributarios fiscales establecidos, al bien de la sociedad en general.

El papel de la ‘solidaridad’ social en el pensamiento ordoliberal es reconfigurado y sustituido por el rol del principio de la ‘subsidiariedad’. Subsidiariedad que debe desempeñar un Estado fuerte, competente y regulador, no intervencionista, fiscalizador, eficiente y corrector ‘sólo’ de las marcadas desigualdades que afecten el funcionamiento del orden económico y amenacen con alterar la ‘paz social’. Lo cual se corresponde con las raíces históricas del pensamiento ordoliberal²⁰.

La ‘subsidiariedad se convierte en la falsa herramienta de corrección de las inequidades y de procura de la justicia social, que debe prestarse y aumentarse – de manera subsidiaria – en la medida en que los actores económicos no puedan, por sí solos, desenvolverse con sus recursos propios. El exceso de subsidios o de este tipo de ‘solidaridad estatal’, complementaria al mecanismo del mercado, puede provocar – en línea con el pensamiento ordoliberal – efectos de ‘comodidad’ perniciosos sobre los compromisos de eficiencia que, con el ‘*ordine economico*’ y con el ‘bienestar colectivo’, tiene cada uno de los actores sociales. Es por ello que la solidaridad vertical – reducida al mecanismo fiscal y previo estado de necesidad – es residual, complementaria y subalterna al orden del mercado. Para estar en condiciones de merecer la acción ‘solidaria ordoliberal’, siempre mínima y subsidiaria, se debe padecer un ‘estado de necesidad’ – se interpreta como ‘una ayuda a la autoayuda’ –. Lo determinante en el funcionamiento del estado y en el ‘derecho cooperativo’ de la economía social de mercado en el sentido ordoliberal, es lograr la cohesión social garantizada por la seguridad vital individual²¹, de modo que ‘subsidiariamente’ toda persona tenga garantizado un mínimo de cierta prestación social que

²⁰ “*Anche le dittature fasciste avevano erogato prestazioni sociali, ma esse erano state fin da sibito concepite come strumenti di pacificazione e non di emancipazione. In linea con queste finalità le prestazioni sociali non si fondavano sui diritti sociali: erano semplicemente misure concernenti la riforma delle libertà economiche, con modalità volte innanzi tutto a promuovere la funzionalità del meccanismo di mercato, intesa come interesse nazionale primario.*”, Somma, Alessandro, *Economia di razza. Dal fascismo alla cittadinanza europea*, cit., p.126.

²¹ “*Cohesión de nuestra sociedad. Ahí donde el hombre se puede desenvolver libremente nace el espíritu de solidaridad. El principio de la subsidiariedad posibilita el espíritu de solidaridad y el compromiso ciudadano. La CDU aspira a una sociedad donde ciudadanos libres y con mayoría de edad vivan en armonía y respondan mutuamente ante sí: los jóvenes por las personas mayores, las personas mayores por los jóvenes, los fuertes por los débiles y los débiles por los fuertes. La sociedad tiene que asumir en su conjunto la responsabilidad para que cada cual encuentre su lugar en ella.*”, El programa de bases programáticas, aprobado por la Convención nacional de la Unión Demócrata Cristiana de Alemania (CDU), en Hannover, 3-4 de diciembre de 2007. cit., p.11.

le permita sobrevivir²². Mínimo vital en sentido biopolítico y como negación de la genuina dignidad humana. No obstante lo cual, no representa poco para la América Latina y en particular el Perú. Tal es el estado actual de las diferencias sociales.

La intensidad ordoliberal de la subsidiariedad del Estado queda determinada por el cálculo biopolítico y bioeconómico de la ‘justa medida’ de la eficacia de las políticas redistributivas asistenciales, según los presupuestos tributarios de los modelos válidos de la seguridad social, que garantizan el funcionamiento de un mínimo de existencia vital – para todos – de modo que no se detenga el funcionamiento orgánico y armónico de la sociedad privada ordoliberal. Lo cual incluye, como presupuesto necesario, la realización cooperativa entre las clases sociales de los ‘pactos colectivos’ que garanticen la paz social. La subsidiariedad, como ‘producto’ jurídico’ esencial enunciado en el Tratado de Maastricht, fue en su momento – y es una respuesta en toda vigencia – a la lógica de articulación flexible de las relaciones entre los espacios públicos y privados, que se presta a diferentes interpretaciones contingentes en función de ‘consideraciones de eficiencia y de eficacia’, las más de las veces para favorecer los procesos de privatización.

El pensamiento ordoliberal, en sede de cohesión social vinculada al *ordine* y con vocación de preferencia por la justicia contractual conmutativa, no es ajeno a la demostrada relación estadística existente entre la igualdad social y la cooperación. En palabras de Susan GEORGE, se pregunta *¿Por qué la desigualdad importa, y no sólo a los desfavorecidos?* Para responderse del siguiente modo: *“¿Es posible confiar en la mayoría de las personas? Desde un punto de vista estadístico, cuanto menos igualitaria es la sociedad, menor es la proporción de personas que están de acuerdo. La confianza en los otros es menor a medida que aumenta la desigualdad. Las personas que confían unas en otras cooperan (...). Una sociedad más igualitaria quizá parezca cara de mantener, pero es una ganga si pensamos en las alternativas: la enfermedad, el crimen, la mala salud, el estrés y todos los demás impactos suponen costes enormes, también de carácter financiero. (...) Tal vez lo más sorprendente es el hecho comprobado de que las sociedades con menor igualdad presentan índices*

²² “Por lo tanto, sólo se debe prestar asistencia solidaria de manera subsidiaria, es decir, proporcionada solamente en tanto y en cuanto el individuo no esté en condiciones de ayudarse a sí mismo. Así, una asistencia subsidiaria no excluye la autorresponsabilidad, sino que la hace posible. El que debe luchar por su supervivencia diaria no está en condiciones de elegir opciones éticamente más honestas o responsables. Por eso, el propósito de la asistencia subsidiaria consiste en la ayuda a la autoayuda, y no en sustituir los propios esfuerzos sino en complementarlos y apoyarlos para brindar al individuo la capacidad de poder decidir moralmente entre diferentes opciones de conducta.”, Rösner, Hans Jürgen, *Crisis financiera. Redescubrimiento de la economía social de mercado*, cit. p. 88.

*inferiores en innovación y creatividad, al menos a tenor del número de patentes concedidas per cápita. (...) En una palabra, una política tendente a una mayor igualdad es la mejor inversión, sin excepción, que puede hacer un gobierno*²³.”

Bajo estos presupuestos ordoliberales, es normal considerar ‘*la rovesciamento*’ del concepto solidaridad y su reducción a la idea de la ‘solidaridad estatal vertical’, así como su eventual sustitución por el instrumental ‘principio de la subsidiariedad’ del Estado de derecho. El ordoliberalismo al privilegiar la cuestión de la cohesión social como condición necesaria de reproducción, subsume funcionalmente el concepto de solidaridad en aquel de la subsidiariedad.

Básicamente, se concluye, que más allá de la retórica publicista, al pensamiento ordoliberal le es ajeno el concepto de solidaridad social. La actividad intelectual de la Konrad Adenauer *Stiftung*, que sigue los lineamientos programáticos de su partido político alemán Unión Demócrata Cristiana, así lo acredita²⁴. La funcionalización del potencial creativo de las personas continúa siendo, igual que en épocas anteriores, motivo de orgullo patriótico nacional. El nacionalismo alemán representa un marco de dominación en el plano europeo y el motivo de la competitividad alemana en el plano internacional²⁵. El nacionalismo, como política estatal, subsiste.

²³ George, Susan, *Sus crisis, nuestras soluciones*, cit. pp. 93-94.

²⁴ “*En este sentido, la “justicia de rendimiento” del mercado debe ser complementada por la “justicia de compensación”, porque a la larga, el progreso y el crecimiento no son realizables en condiciones de un marcado desequilibrio social. Por el contrario, lo que se espera es que la compensación social permita liberar potencialidades económicas. Con estos antecedentes, la cohesión social que se espera obtener como resultado de la justicia social debe evitar los grandes contrastes sociales y proteger la paz social en el interés de la prosperidad económica de una comunidad determinada. La compensación social se puede alcanzar a través de una política redistributiva del Estado. Los recursos necesarios son financiados con los ingresos públicos, es decir, en gran parte por los impuestos que deben ser pagados por la población en condiciones de tributar. En la medida en que el Estado impone un cierto mínimo de solidaridad indispensable, debe velar por que la política de compensación social sea medida y eficiente, para evitar que se amplifiquen ciertos efectos contraproducentes como la dilución de la auto-responsabilidad de la persona. Asimismo, la ESM presupone que un sistema económico que se desarrolla implica un “consenso social” que se basa naturalmente en la participación de los beneficios obtenidos en el proceso de crecimiento. Un sistema económico adecuado y productivo no puede basarse en una sociedad conflictiva, y un sistema económico productivo y eficiente genera conflictos de intereses concretos si los beneficios no se difunden de una manera amplia en la sociedad en la que se producen.*”, Resico, Marcelo F., *Economía Social de Mercado: una opción económica para Latinoamérica*, Economía Social de Mercado. Diálogo Político, Revista trimestral No. 1, marzo 2009. Argentina. p.137. Disponible en, <http://www.kas.de/argentini/en/es/publications/16719/>.

²⁵ “*La riqueza de ideas y la creatividad de su gente constituyen ventajas fundamentales para Alemania en la competencia mundial. Solamente con un espíritu explorador e ingenio podemos dar respuestas convincentes a la pregunta, de qué y cómo queremos vivir mañana. Nuevas ideas para la prosperidad futura exigen por un lado una mayor apreciación de la*

3 LA SOLIDARIDAD CONSTREÑIDA AL ESPACIO DEL MERCADO.

La uniformidad de las pautas de consumo, de los hábitos y de las costumbres, la estandarización de las necesidades y las formas de satisfacerlas es el primer paso – y formidable – para lograr la uniformidad del pensamiento en una sociedad totalizada por las leyes del mercado. El cambio cultural garantiza la legitimidad y el consenso sobre la aceptación acrítica de las leyes económicas.

El mercado capitalista global, y su concurrente principio de ‘competencia funcional’ en la versión ordoliberal propuesta, continúa acumulando nuevas funciones sociales e incluye funciones de tipo político que superan las propias funciones económicas del ‘gobierno privado’ anticipadas por WILLIAMSON – la paz social, el consenso de la democracia, la educación para el consumo, la sostenibilidad ecológica, el progreso humano, entre otras. El mercado se ha convertido en el instrumento activo predominante por excelencia de gestión de las conflictualidades sociales globales, y en factor de disciplinamiento personal, que permite arribar a través del mecanismo de la competencia funcional y empleando las nuevas modalidades de contratación en masa – contratos de consumo bajo fórmulas rígidas y dotadas de alta normatividad del *soft law* –, a un ‘régimen cuasi policial nacional y semi totalitario internacional’. El trinomio conformado por el ‘mercado como razón del Estado global’, ‘la competencia como principio funcional darwiniano de selección social’, y el ‘contrato jurídico como instrumento normativo de masas’, conforman una trilogía instrumental con valencia política global que deviene en la esencia disciplinante del concepto de gobernanza, marcadamente privada, cooperativa y ordoliberal.

En palabras del profesor SOMMA, la práctica liberista del mercado mundial, privadamente auto regulado, deviene en una modalidad de ‘fascismo débil’ que vincula al ordoliberalismo con sus históricos orígenes continentales europeos – el liberalismo como ideología legitimadora de la posición dominante de la burguesía, conlleva un embrión autoritario, reflejado en las revueltas de 1848 y 1871–, que se materializará en el discurrir histórico de la primera mitad del siglo XX de los Estados autoritarios de Italia, Alemania y España, todo en línea con la resolución *bismarkiana* de la ‘cuestión social’ de finales del siglo XIX el vínculo con la ‘economía social de mercado’, como concepto de

investigación en la conciencia pública y por otro la conversión en productos comerciables en Alemania. Como la economía nacional más grande en Europa, Alemania tiene que ocupar un papel dominante en cuanto a la investigación y el desarrollo en las tecnologías clave del siglo XXI, para mantener y seguir fortaleciendo su competitividad internacional.”, El programa de bases programáticas, aprobado por la Convención nacional de la Unión Demócrata Cristiana de Alemania (CDU), en Hannover, 3-4 de diciembre de 2007. cit., p.27.

‘normatividad y orden’, que se adapta en su operatividad a la ideología fascista. La ideología fascista es la ideología de la crisis y el fascismo como categoría histórica es un organizador de la tensión, tal como corresponde a un estado de excepción capitalista²⁶.

No se profundizará en este estudio sobre el análisis de la ‘identidad fascista’ del nacional socialismo alemán, donde se hunden las raíces del pensamiento ordoliberal germano, que en su versión de ‘fascismo débil’ asume la fórmula pública y promocional de la ‘economía social de mercado’²⁷. Sobre el tema, sólo aportar que cualquier valoración histórica sobre el fascismo supera la teoría del “paréntesis” de CASUCCI(1962) , y es perfectamente asumible su vigencia y su reproducibilidad en el actual esquema global y gradual de tendencias cooperativa – corporativa – autoritaria – totalitaria.

Cuando la razón de la propia existencia de la sociedad y de las interacciones humanas se reduce a potenciar el funcionamiento del mercado como elemento y expresión de progreso social, la eficiencia económica y el cálculo de los resultados – no importa ya bajo qué forma se presente – implica uniformidad, normalización, homogeneización, nivelación, coerción, y represión. Deviene entonces el

²⁶ “El fascismo es algo más que una de las formas excepcionales del estado capitalista, como el bonapartismo, es, al mismo tiempo, un concepto teórico capital en la teoría política marxista y que por lo tanto no puede ser utilizado indiscriminadamente, como si tan sólo fuera una eficaz etiqueta apta para vituperar gobiernos represivos. Ahora bien, ¿qué restricciones se desprenden de todo esto? Principalmente una: la necesidad de comprender que el fascismo es una categoría histórica y no un concepto abstracto-formal. Lo que proponemos, entonces, es asumir plenamente el carácter histórico del fascismo como forma del estado capitalista de excepción y, al hacerlo, introducir en nuestro discurso elementos conceptuales que recuperen la historicidad del fenómeno. Es preciso, por lo tanto, contar con categorías teóricas "saturadas históricamente", susceptibles de concebir al fascismo como una respuesta específica de ciertas clases dominantes ante una coyuntura surgida en una economía capitalista en una fase particular de su desarrollo. Sólo un enfoque teórico que niegue la unidad orgánica y la historicidad de lo real y que rechace, por eso mismo, la noción de una totalidad concreta contradictoria y movida por una dialéctica incesante puede caracterizar al fascismo utilizando conceptos abstracto-formales que denotan situaciones o atributos "universales y eternos"., Borón, Atilio A., *Estado, capitalismo y democracia en América Latina*. 2003. cit., p. 27.

²⁷ Para ver una opinión diferente, que considera que la economía social de mercado incorpora el ideal de la justicia social, se remite a la tesis de Lazcano Gutiérrez Ivan, en la cual se establece una relación directa entre la economía social de mercado con el concepto popperiano de individualismo altruista: “Esta distinción entre los diversos significados que comúnmente se emplean cuando se habla de individualismo es sumamente importante, puesto que sólo de este modo es posible entender la concepción de un orden social que tenga como fundamento al individualismo, pero que tenga al mismo tiempo tenga un compromiso con la búsqueda de la justicia social. Es decir, sólo de esta forma puede entenderse a la economía social de mercado como un orden social que aunque individualista busca ser altruista. Por lo demás, ya de por sí como el mismo Popper lo advierte, “el problema del individualismo y del colectivismo está estrechamente relacionado con el de la igualdad y la desigualdad.”, Lazcano Gutiérrez Ivan, *El ordoliberalismo alemán y la Economía Social de Mercado*. cit., p.74.

espacio del mercado en un mecanismo de estandarización, de homogenización y de totalitarismo cultural, justificado por la propia noción de eficiencia económica, concebida como sinónimo de progreso humano, practicada bajo la modalidad contractual.

4 INTERACCIONES ENTRE AGENTES *CATALÁCTICOS* Y AGENTES *BISOGNOSI*.

La eficiencia del sistema capitalista requiere que las preferencias individuales se encuentren ordenadas en función de una utilidad racional que favorezca el cálculo y la predictibilidad del beneficio empresarial, de una manera estable. Este es el motivo de la estandarización y de la homologación de los comportamientos humanos, condicionados por el mecanismo de coste/ beneficios según la gestión ‘objetiva’ de las restricciones del ambiente como conformador de las actitudes sociales; este es el presupuesto del mercado ordoliberal en cuanto a ser predecible si se organizan adecuadamente las escalas de utilidades de todos los sujetos – Las muchas decisiones individuales en conjunto provocan un proceso que tiene consecuencias amplias, tanto para la calidad de vida de las personas como para la prosperidad y el bienestar de la sociedad –. Y esta es la esencia *misiana* del controvertido principio político constitucional de ‘soberanía del consumidor’²⁸ y del principio ‘democrático’ de los mercados a partir de la concepción de que ‘la demanda crea la oferta’²⁹.

El *iter* de este mecanismo de manipulación, explicado desde la sociología, es el siguiente: 1– Gestionando el elemento ‘objetivo’ de la acción individual – entiéndase, el marco jurídico – institucional como condición necesaria en el cual se desarrollan los procesos ordoliberales –, se delimita restrictivamente la acción individual; 2 – Las restricciones ‘objetivas’ del medio social,

²⁸ “Artículo V.- Principios - El presente Código se sujeta a los siguientes principios: 1. Principio de Soberanía del Consumidor.- Las normas de protección al consumidor fomentan las decisiones libres e informadas de los consumidores, a fin de que con sus decisiones orienten el mercado en la mejora de las condiciones de los productos o servicios ofrecidos.”, Ley No. 29571 - Código de Protección y Defensa del Consumidor (vigente desde el 2 de octubre de 2010), publicado en el diario oficial *El Peruano* el 2 de setiembre de 2010.

²⁹ “La expresión soberanía del consumidor constituye un ejemplo típico del abuso, en materia económica, de un término (soberanía) que sólo es apropiado para el campo político. Es un caso ilustrativo para demostrar cuán peligroso resulta el uso de metáforas extraídas de diferentes disciplinas. “Soberanía” indica la calidad del último y definitivo poder político, es el poder que se apoya en el uso de la violencia. En una sociedad auténticamente libre, todo individuo es soberano en cuanto a su persona y bienes y, en consecuencia, tal “autosoberanía” es la que predomina en el mercado. Nadie es “soberano” respecto de los actos o intercambio de cualquier otro. Ya que los consumidores no tienen facultad para ejercer coerción sobre los productores obligándolos a dedicarse a diversas ocupaciones o trabajos, los primeros no son “soberanos” en relación con los últimos.”, Rothbard, Murray N., *Man, economy and State – A treatise on economic principles*, Capítulo 10 - Monopolio y Competencia, B – El profesor Hubb y la soberanía del consumidor, cit. p. 44.

impuestas sobre la acción individual, traen como consecuencia la modificación de las preferencias individuales – las preferencias sobreadaptativas como condición suficiente, en las que de ‘la necesidad se hace virtud’ – ; 3 – Lo cual trae como consecuencia una situación de ‘conformismo forzado’ en la cual el individuo asume la invariabilidad de las circunstancias externas y por una cuestión individual de ‘economía psíquica’, asume el curso de los acontecimientos – mecanismos de disonancia cognitiva – de modo que ajusta su actuación individual a las condiciones jurídico – institucionales establecidas sistémicamente ³⁰. Este mecanismo descrito es la caracterización psicológica al ‘interno’ de aquello que se entiende por ‘libertad económica funzionalizable’, en la cual las libertades individuales se orientan a evitar el mal funcionamiento del ‘orden’ económico y social; y sin que realmente sean tomadas en cuenta las motivaciones particulares de los agentes individuales, por cuanto lo que interesa al sistema es el comportamiento ‘racional del agregado social’.

En este punto, el mecanismo de defensa del consumidor como parte de las ‘reglas del juego’ viene a coadyuvar a la determinación matemática de las posibles acciones a realizar según un juego ideal de información esencial completa, que minimiza la incertidumbre del sistema. Los agentes más expertos en el conocimiento y en el aprovechamiento de las reglas son los proveedores de servicios, y en este contexto normativo se puede valorar el Derecho de protección y defensa del consumidor como un conjunto de normas subjetivas, concretas y particulares, orientadas a regular un ‘juego cataláctico’ que posee dos niveles diferentes de interacción, según la naturaleza de los agentes involucrados, los distintos espacios de elección y los distintos niveles de utilidad. Un nivel de interacción del juego está dispuesto con el *set* de reglas para los consumidores ³¹, ‘jugadores’ débiles que en su mayoría no son ‘catalácticos’ y que no intercambian en el espacio del mercado a través de la ‘cooperación voluntaria’ de la retórica *iusliberal*, propia del derecho de impronta natural orientada al beneficio mutuo, sino por el contrario, los meros consumidores en masas son jugadores no catalácticos que participan en el más pleno estado de necesidad para acceder a cubrir las necesidades básicas de su existencia: “*L’UE, appunto, (...) si preoccupa del soggetto meno forte e meno scaltro, lo riconosce come ‘debole’ e lo*

³⁰ Elster, Jon, *Juicios Salomónicos. Las limitaciones de la racionalidad como principio de decisión*. Barcelona, Gedisa. 1989.

³¹ Incluso, determinados ordenamientos establecen deberes de información diferentes, así se trate de sujetos expertos o inexpertos involucrados en la actividad de consumo. Ver, Wilhelmsson, Thomas, *Le diverse forme di welfarismo nel diritto europeo dei contratti*, cit., p. 280.

sottrae all'aggressione del giocatore esperto che, per qualità professionale, sa utilizzare senza scrupoli le regole del gioco. Fin qui, allora, è corretto parlare di 'solidarietà verticale'³².”

En el otro nivel de interacciones sociales del mercado, al interno del mismo ‘juego de la catalaxia’³³, se encuentran los agentes proveedores de servicios, armados con un *set* de reglas jurídicas distintas, en correspondencia con su *status* de contrayente ‘fuerte’, orientado a obtener para sí el mayor ‘flujo de bienes’ y los beneficios privados. Este esquema que se desarrolla a ‘dos velocidades’ según las diferencias del *set* de reglas del juego del mercado, pone realmente en entredicho el principio constitucional de la ‘soberanía de los consumidores’, tal como lo había vaticinado Adam SMITH en su crítica a un sistema económico mercantilista: “*El consumo es el único propósito y el fin de la producción; los intereses de los productores deben ser tenidos en cuenta en la medida en que sean necesarios para promover los de los consumidores. La máxima es tan autoevidente que sería absurdo tratar de probarla. Pero en el sistema mercantilista, el interés del consumidor se sacrifica, prácticamente de manera constante, en favor del productor*³⁴.”

En todo caso, existirán dos niveles de juego que se corresponderán con dos espacios de racionalidad diferentes y dos niveles de utilidad, lo cual no implica que un comportamiento racional implique un mismo nivel de utilidad. Esta es la razón de establecer dos niveles de juego y potenciar el principio ‘democrático’ de la ‘soberanía del consumidor’.

En este sentido, el ordenamiento jurídico ordoliberal desarrolla un tipo de derecho contractual corporativo, conmutativo y no intervencionista estatal en el sentido distributivo de la justicia social, que favorece un modelo de relaciones contractuales cooperativas por coacción – coacción en el sentido que el espacio del mercado es omnipresente y el sujeto estructuralmente débil tiene que cubrir sus necesidades básicas y vitales, sí y sólo sí, en el espacio del mercado –, desinteresándose por la verdadera solución estructural del conflicto social, cuyos ocultos resultados en cuanto a las diferencias

³² Amato, Cristina, *La politica comunitaria tra diritti dei consumatori ed esigenze del mercato*, en, Somma, Alessandro, *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*, G. Giappichelli Editore, Torino. 2007. p. 57.

³³ “*Es un juego de creación de riquezas (y no lo que la teoría de juegos llama un juego de suma cero). Este es un juego que lleva a incrementar el flujo de bienes y las posibilidades de todos los participantes de satisfacer sus necesidades*”, Hayek, Friedrich August, *Law, Legislation and Liberty*, cit., p. 115.

³⁴ Smith, Adam, *Investigación de la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*, p. 660, en Vanberg, Viktor J., *Mercados y Regulación. El contraste entre el liberalismo de libre mercado y el liberalismo constitucional*, cit. p. 105.

de igualdad material entre las partes, serán reproducidos a través de las manifestaciones de voluntad y en el acuerdo formal pactado, siempre compelidas a mantener una ‘buena fe formal’ como ‘alma de las relaciones sociales’, que se desentiende de la desigualdad estructural del consentimiento de las partes involucradas en el contrato jurídico. Lo cual lo convierte, de hecho, en un Derecho contractual portador de una buena fe invisible y ordoliberal, que asume las funciones integrativas del contrato³⁵, en el cual el consumidor no es más considerado un sujeto a tutelar, sino un sujeto a informar para que pueda ejecutar una elección libre y consciente como agente comercial³⁶, que en un rol policial discrimina y selecciona entre los mejores proveedores del mercado³⁷.

La información del mercado nunca es completa, por ello requiere de la participación ‘informada’ de la ‘masa de consumidores’ a modo de agregado social racional que conforma una ley ‘objetiva’ de demanda, de modo que se reduzca el nivel de imperfección y se creen las condiciones para un comportamiento sistémico, que aunque *cuasi* aleatorio, siga siendo racional, previsible, eficiente y legalmente ordenado, lo que a su vez permite un grado de innovación que retroalimenta y perfecciona al sistema.

Siempre en sentido ordoliberal y utilizando la ‘metáfora’ del juego del mercado en dos niveles distintos, con reglas diversas, el ordoliberalismo conforma dos parámetros dependientes – la justicia y la eficiencia, dependientes el uno del otro – que se convierten en criterios de valoración de cada uno de los ‘niveles’ del juego, y que en su conjunto conforman un criterio de funcionamiento del sistema. Lo anterior, viene expuesto claramente por la autora Marisa MELI, quien determina el ‘criterio de justicia’ para medir el comportamiento ‘eficiente’ del contrayente débil – *agente bisognoso* –, y el ‘criterio de eficiencia’ para determinar el comportamiento ‘justo’ del contrayente fuerte – *agente cataláctico* –, ambos compartiendo un espacio común *darwiniano*, de selección social: “*Giustizia ed efficienza, infatti, divengono i due parametri cui è commisurato il buon funzionamento del mercato. In particolare, il concetto di giustizia è riferito alla parte debole del rapporto ovvero, essenzialmente, al*

³⁵ Somma, Alessandro, *Temi e problema di diritto comparato. Diritto comunitario vs. Diritto comune europeo*, cit., p. 61.

³⁶ “*Le fonti di diseguaglianza diverse dall’asimmetria informativa tra le parti contrattuali tendono a non essere prese in considerazione. Inoltre, sembra stia crescendo l’affidamento, seppure ingenuo ed empiricamente confutabile, nella convinzione che una migliore informazione e degli intervalli di tempo per riflettere possano prevenire il verificarsi, nella prassi, di iniquità a danno del consumatore.*”, Gruppo di studio sulla giustizia sociale nel diritto privato europeo, *Manifesto sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, cit., p. 13.

³⁷ Somma, Alessandro, *Introducción crítica al Derecho europeo de los contratos*, cit., 50 –52.

*consumatore, al quale si deve assicurare un corretto esercizio del potere di scelta. Mentre il concetto di efficienza evoca la necessità che sopravvivano nel mercato imprese ‘vincenti’, ovvero che non ricorrono ad abusi, nei confronti dei consumatori o di altre imprese*³⁸.”

Si bien es cierto que la ‘asimetría informativa’ puede encontrarse en la base del error o el dolo contractual, la intervención ‘informativa’ del Estado ordoliberal se orienta a garantizar las condiciones del reconocimiento de la autonomía privada y la normatividad de la regla negocial, básicas para el funcionamiento de la economía privada contemporánea; y no precisamente para imponerle al mercado criterios de orden político social³⁹. En este sentido, es elocuente la redacción peruana del Código de Protección y Defensa del Consumidor, que establece el vínculo legitimante entre la cuestión de la asimetría informativa y el régimen económico de la ‘economía social de mercado’⁴⁰.

La ‘economía social de mercado’ como modelo de gestión privada de la sociedad, no prevé ningún mecanismo de redistribución de justicia solidaria al interno del espacio del mercado – sólo contempla la intervención heterónoma fiscal del estado sobre la sociedad, en forma de ‘solidaridad vertical’ –, y no contempla la posibilidad de promover medidas colectivas equitativas – sólo actúa sobre el individuo aislado que ha perdido la capacidad de consumir –. “*E di sottolineare che la ricerca di un terza via tra socialismo e liberalismo classico deve necessariamente passare dall’attuazione della massima per cui ‘le politiche sociali incontrano un limite nella conformità al mercato’*”⁴¹. Y de esta manera se corrobora que la fase actual de constitucionalización de la fórmula ordoliberal de la ‘economía social de mercado’, se corresponde con una distorsión del orden económico prefigurado por el constitucionalismo de *dopo* guerra, el cual consideraba la opción de la ‘solidaridad horizontal’ como

³⁸ Meli, Marisa, *Giustizia sociale e diritto europeo dei contratti*, en Somma, Alessandro, *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*, G. Giappichelli Editore, Torino. 2007. p. 173.

³⁹ Barcellona, Mario, *Sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, cit., p. 79.

⁴⁰ “*Artículo II.- Finalidad El presente Código tiene la finalidad de que los consumidores accedan a productos y servicios idóneos y que gocen de los derechos y los mecanismos efectivos para su protección, reduciendo la asimetría informativa, corrigiendo, previniendo o eliminando las conductas y prácticas que afecten sus legítimos intereses. En el régimen de economía social de mercado establecido por la Constitución, la protección se interpreta en el sentido más favorable al consumidor, de acuerdo a lo establecido en el presente Código.*”, Ley No. 29571 - Código de Protección y Defensa del Consumidor (vigente desde el 2 de octubre de 2010), publicado en el diario oficial El Peruano el 2 de setiembre de 2010.

⁴¹N. Irti, *Economia sociale e libero mercato*, Il mercato nell’angolo, «Corriere della Sera», 23 settembre 2008, en Somma, Alessandro, *L’economia sociale di mercato / 1. Il fascino della terza via: Torna di moda un passato mai passato*.cit., p. 10

mecanismo politico orientato a rafforzare la posizione – e non solo informare⁴² – del soggetto portatore di debolezza sociale all'interno della relazione economica contrattuale: *“Anche per questo l'ordine economico prefigurato dal patrimonio costituzionale europeo non si fonda sul solo principio di solidarietà verticale: quella che lo Stato esercita fuori dal mercato, attraverso le prestazioni sociali direttamente connesse ai diritti sociali. È imposta anche una solidarietà orizzontale, che informa di sé le relazioni di mercato: anche chi vi prende parte deve portarlo fare da una posizione di partitività sostanziale, deve cioè poter beneficiare di forza giuridica nel caso sia portatore di debolezza sociale⁴³.”*

Con la ridefinizione ordoliberal del contenuto del valore 'solidarietà' come condizione storica di esistenza della economia sociale di mercato⁴⁴, e l'assunzione del suo carattere contingente all'interno del concetto di società di diritto privato, culmina l'esercizio psicosociale – individuale e collettivo orientato non tanto a superare la schizofrenia individuale, come sì a interiorizzarla e a metabolizzarla – di adattamento sociale al progetto ordoliberal⁴⁵. Le regole del intercambio inondano tutte le sfere della vita e delle relazioni sociali, e poco importa se il soggetto simbolico ordoliberal è alternativamente competitivo e solidario, o se è simultaneamente economicamente efficiente e socialmente responsabile, per quanto al rimanere ridefinita la solidarietà ordoliberal come azione di intercambio conmutativo, e

⁴² Barcellona, Mario, *Sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, cit., p. 71.

⁴³ Somma, Alessandro, *Economia di razza. Dal fascismo alla cittadinanza europea*, cit., p.127.

⁴⁴ *“Nella società del diritto privato la forma di solidarietà privilegiata è quella che si esaurisce nella contribuzione fiscale in proporzione alla capacità contributiva, destinata a finanziare in proporzione alla capacità contributiva, destinata a finanziare le strutture dello Stato sociale. Queste ultime possono eventualmente comprimere il territorio del mercato, in quanto delineano i confini di un settore sottratto alle sue logiche. Il mercato non viene invece direttamente intaccato da misure volte a promuovere la solidarietà: nella società del diritto privato l'interventismo sociale costituisce una condizione storica di esistenza dell'economia sociale di mercato.”*, Somma, Alessandro, *Soft law e hard law nella costruzione del diritto privato europeo*, in Somma, Alessandro, *Soft Law e hard law nelle società postmoderne*, cit., p. 165.

⁴⁵ *“L'ordoliberalismo, inteso come modello economico di riferimento dell'esperienza fascista, voleva insomma produrre l'inclusione nell'ordine proprietario, da concepire come costrizione dell'individuo entro un profilo umano ricavato osservando il funzionamento del meccanismo concorrenziale, ovvero il profilo del «cittadino produttore». Un cittadino chiamato a sintetizzare e dunque a dare concretezza a due concetti «astratti», da un lato quello del «cittadino come puro cittadino» e dall'altro quello del «produttore come puro produttore». Il tutto passando per l'apologia di valori premoderni, dunque antidemocratici, da imporre come bilanciamento delle spinte disgregatrici prodotte dall'autoreferenzialità dell'ordine proprietario. Era questo il compito affidato all'invocazione di una struttura sociale olistica e gerarchica, chiamata a prevenire la stessa massificazione inesorabilmente prodotta dalla modernizzazione, condannata a non realizzare la tanto invocata «deproletarizzazione».”*, Somma, Alessandro, *Democrazia economica e Diritto privato. Contributo alla riflessione sui beni comuni*, cit., p. 7.

limitando la acción de responsabilidad colectiva a la esfera autónoma y privada de la individualidad, se conforma un individuo que es solidario en cuanto intercambia en el mercado y para el mercado, y es responsable en cuanto que moralmente rechaza la acción colectiva de transformación social – por ser expresión de autoritarismo, de conflicto y de anarquismo – y por ende, renuncia a su existencia fuera del espacio del mercado. Se conforma así, en el marco de la democracia del consumo de la sociedad privada, un individuo disciplinado que es un ‘actor económico y un objeto político’, que cree ser responsablemente solidario en tanto que queda reducido a ser un individuo ‘consumidor solidario’ y un ‘emprendedor eficiente’. Todo lo cual es completamente adecuado y funcional al proyecto ordoliberal de sociedad, y muy conveniente a la edificación del consenso ordoliberal latinoamericano.

Por otro lado, la vida privada pasa a ser una cuestión con trascendencia pública en tanto ejercicio biopolítico y bioeconómico de la gestión del poder, que debe ser conocida y gestionada en cuanto deseos, tentaciones, motivaciones narcisistas y placeres hedonistas que deben ser satisfechos en el espacio del mercado. Este es el modo a través del cual la dominación social se incorpora como elemento objetivo que conforma la propia identidad subjetiva, y prejuicia las expectativas del propio comportamiento a través de la satisfacción de los más banales y fetichistas placeres de la esfera privada del individuo pasivo. Bajo estas condiciones el espacio mixto de las relaciones sociales – que ya no es ni público ni privado – puede continuar expandiéndose por cuanto implica un mayor ejercicio biopolítico y bioeconómico sobre el individuo, y una mayor penetración sobre su subjetividad que queda maniatada en el espacio del consumo.

El espacio del ‘mercado liberal’ es cada vez menos recíproco en cuanto a compartir las perspectivas entre los actores y el sistema, y menos social en cuanto espacio de democratización de las relaciones sociales. La lógica compartida de co–dominación del binomio de pensamiento neoliberal – ordoliberal desde el vértice del poder, es incapaz de socializar democráticamente más allá del juego organicista de la composición de los intereses privados, por cuanto constantemente incrementa su capacidad de aplastar, de disociar, de comprimir y de reinstaurar las diversas formas de subjetividades individuales funcionales al comportamiento sistémico⁴⁶. Este bien pudiera ser el rol del mercado que ha devenido en ‘espacio anti – social’ en un régimen liberista⁴⁷. De acuerdo con los rasgos de esta racionalidad, la

⁴⁶ Touraine, Alain, Khosrokhavar, Farhad, *A la búsqueda de sí mismo. Diálogo sobre el sujeto*, cit. p. 41.

⁴⁷ “Pero, al mismo tiempo que una movilidad más grande, la civilización trae consigo una mayor uniformidad, es ella quien ha impuesto al hombre el trabajo monótono y continuo. El salvaje va de una ocupación a otra según sean las circunstancias y las necesidades que le empujan, el hombre civilizado se da por entero a una ocupación, siempre la

interacción no es un fin en sí mismo, característica que grava a la cooperación obtenida con el inconveniente de la transitoriedad, y que, en todo caso, es parte de su limitación más profunda: Su impotencia para vertebrar la intersubjetividad por medio de fines que trasciendan realmente el sometimiento de los valores a los intereses particulares de los individuos hacia una auténtica y genuina solidaridad⁴⁸. En la racionalidad estratégica "(...) *los socios de la interacción en la relación recíproca son siempre sólo medios y condiciones límite de las finalidades solitarias y de los esfuerzos de éxito de los actores particulares*⁴⁹."

De este último punto, que si bien es cierto aleja y disuade la realización de alguna acción colectiva, nace la imperiosa necesidad de conservación sistémica a partir de producir y de multiplicar la capacidad instrumental de la racionalidad egoísta de las elecciones individuales. Esta es la tarea de la Konrad Adenauer *Stiftung* en cuanto sujeto transnacional de conformación de una fuerte hegemonía a través de una comunidad epistémica ordoliberal en América Latina. La racionalidad estratégica que anima a la ejecución organicista de los principales actores de la gobernanza mundial fomenta, por un lado, la funcionalizada cooperación ciudadana hacia el sistema y para el sistema, y por ende, la aceptación acrítica y pasiva con el *status quo* imperante. Por otro lado, fomenta la competencia interpersonal al interno del sistema como motor de reproducción productiva. La racionalidad estratégica que anima la toma de decisiones y el funcionamiento orgánico del sistema no puede fundamentar la solidaridad interpersonal, so pena de alimentar las condiciones que favorezcan la acción colectiva que puede acarrear una transformación sistémica.

Según el pensamiento *apeliiano*⁵⁰, el sistema promueve un tipo de racionalidad de interacción humana, a nivel individual, que se corresponde coherentemente con la forma de la racionalidad estratégica que el sistema promueve a nivel global; de modo que ambas se complementan y se coadyuvan mutuamente en un sentido de hegemonía cultural.

misma, y que tanta menos variedad ofrece cuanto más restringida es. La organización implica necesariamente una absoluta regularidad en las costumbres, pues no puede tener lugar un cambio en la manera cómo funciona un órgano sin que, de rechazo, todo el organismo se encuentre afectado.", Durkheim, Émile, *La división social del trabajo*, Tesis doctoral, 1893.

⁴⁸ Sáez, R. L., *La reelustración filosófica de Karl-Otto Apel*, Universidad de Granada, España. 1995. p. 16. Disponible en, http://www.ugr.es/~lsaez/curriculum/Libro_Apel/Saez_Apel_parteI.pdf

⁴⁹ *Ibidem*. p. 36.

⁵⁰ *Ibidem*. pp. 55-60.

Es en este entorno en el cual la solidaridad – que posee una carga histórica de legitimidad simbólica – deja de ser portadora de un valor de transformación social para convertirse en un objeto, en una mercancía que se vende, se compra y se consume incorporada al concepto de ‘democracia económica’. Si en un momento inicial la solidaridad era el elemento mediador entre el consumo y el dinero – la persona necesitada de bienes podía consumir a través de la solidaridad –; con la conversión de la solidaridad en mercancía – ‘el mercado de la solidaridad’ – es el dinero el que ocupa este espacio y se convierte en mediador de todas las relaciones solidarias, de este modo, la persona necesitada de consumo podría hacerlo sólo pagando dinero para acceder a la acción de la solidaridad. Se produce por parte de los sujetos – individuales y colectivos – una renuncia expresa del valor político de la solidaridad, lo cual incide en la valoración de su propia condición como agentes sociales portadores del cambio de su propia historia. El valor de la solidaridad es calculable en términos económicos y queda sujeto al mecanismo (*i*)racional del análisis de costes / beneficios.

El individuo, o colectivo social, que pretenda hacer un uso redentor del concepto solidaridad, queda cancelado como parte del proceso de funcionalización de las principales libertades económicas – circulación de mercancías, de las personas, de los servicios y de los capitales –, por cuanto primero debe participar en el sistema económico como ciudadano consumidor, en una operación de compraventa de la mercancía solidaridad.

En este ingenuo paso de hacer ‘consumir solidaridad’, se encuentra el motivo por el cual el sistema imperante se ha reapropiado del símbolo solidaridad. Esta es una cuestión no despreciable en sede del análisis de la reforma del liberalismo económico y del *affossamento* del liberalismo político, practicado por el neoliberalismo, en términos generales, y por el ordoliberalismo de manera particular. “*Uno Stato che avrebbe combinato la riforma del liberalismo económico con la compressione dello spazio di azione del liberalismo político. É questo il senso della teoría económica elaborata in epoca fascista, e significativamente chiamata ordoliberalismo*⁵¹.”

⁵¹ Somma, Alessandro, *Economía di razza. Dal fascismo alla cittadinanza europea*, cit., p.45.

5 EL CIUDADANO DEVENIDO ‘CONSUMIDOR’.

En términos de TOURAINE, el consumidor, incluso el frustrado, se halla en el interior de un sistema de dominación en el cual se halla integrado y frente al cual no concibe ejercer alguna acción de oposición, pues se siente cuanto menos que impotente⁵². La pérdida – y la eventual recuperación – del significado del ‘valor solidaridad’ como resultado de la lucha que se establece en derredor de su simbólico significado, es un eslabón importante en el esquema general de la confrontación ideológica, estrechamente vinculada a la reivindicación de la subjetivación individual y colectiva de potenciales actores sociales cargados de conflictividad. El significado de la solidaridad se encuentra en el centro del debate ideológico por alcanzar la hegemonía en la relación de fuerzas por el diseño de nuevos espacios simbólicos de las realidades sociales.

De todo lo cual, se concluye que el ‘simbólico homo ordoliberal’, portador de la era del nuevo milenio, y el paradigma individual germano de la convivencia pacífica y cooperativa en una ‘sociedad de libertad privada’, ni es humanamente solidario ni es socialmente responsable, y deviene meramente en una caricatura instrumentalizada y atomizada que reduce su existencia al *glamour* de su imagen y a la potente ilusión de tener que elegir entre relacionarse (...) con otros bienes y cosas⁵³ –. La tragedia del sujeto contemporáneo es la pérdida de la relación consigo mismo –⁵⁴ en cuanto a la prevalencia de una sociedad privada donde prima un tipo de ‘solidaridad real’ de relaciones negativas descritas por DURKHEIM⁵⁵. La propia identidad individual tiene que reestructurarse continuamente, no solo para garantizar las exigencias de estabilidad, permanencia y reproducción del sistema, sino para garantizar la continua modificabilidad de su ‘propia historia individual’ al entorno existencial y al medio ambiente jurídico institucional: “*l’arte di perdere il ricordo*’ es un recurso no menos importante que *l’arte di fissare nella memoria*”⁵⁶.

Según el credo liberista, el mercado *post* liberal se levanta como la expresión más perfecta de la libertad y como condición *sine qua non* es posible el ejercicio de la democracia. El mercado viene

⁵² Touraine, Alain, Khosrokhavar, Farhad, *A la búsqueda de sí mismo. Diálogo sobre el sujeto*, cit. pp. 126-127.

⁵³ Simmel, G., *La Filosofía del dinero*, Madrid, cit.

⁵⁴ Touraine, Alain, Khosrokhavar, Farhad, *A la búsqueda de sí mismo. Diálogo sobre el sujeto*, cit. p. 139.

⁵⁵ Durkheim, Émile, *La división social del trabajo*, Tesis doctoral, 1893.

⁵⁶ Bauman, Z., *La società dell’incertezza*, Bologna, Il Mulino, 1999, p. 65, en Ferrarese, Maria Rosaria, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, cit., p. 199.

definido como el espacio objetivo en el cual la actividad política puede moverse, legítimamente, y el ‘consumidor’ – como titular de derechos subjetivos fundamentales – viene llamado a ejercerlos y a reivindicarlos⁵⁷. La participación política del ciudadano inmerso en la construcción de un proyecto social liberista queda reducida a la racionalidad económica individual de la elección (i)rracional de los bienes de consumo en el espacio del mercado. Se establece un vínculo indisoluble – que adquiere naturaleza de relación legitimada como resultado de su construcción ideológica – entre el ejercicio de la libertad, el deseo de vivir y la práctica del consumo – la satisfacción individual se logra a través de las cosas y no a través de la genuina relación social humana.

Una vez que el ciudadano ha sido despojado de su capacidad de ejercer sus verdaderos y efectivos derechos de participación en el orden político de la democracia occidental – desposeído de su condición de sujeto en términos de acción transformadora social –, se le hace creer cínicamente al individuo consumidor que ‘sus derechos de elección en el orden racional del mercado’ son lo suficientemente significativos para alterar la correlación de fuerzas y el destino del proyecto social que se edifica “*muovendo da modelli comportamentali riguardanti la cittadinanza economica più che la cittadinanza politica*”⁵⁸. ‘Un euro es un voto es la retórica democrática mercantil que se promueve desde la ética del ordoliberalismo’, como vía para la ordenación responsable del mercado, cuyos supervisores serían los simples y atomizados ciudadanos consumidores en un rol económico *quasi* policial. De hecho, se promueve cada vez más una ‘relación mercantil con causa moral’ en el cual ‘la solidaridad social deviene en beneficencia caritativa’⁵⁹. Se invoca “*il principio cattolico della sussidiarietà per ridimensionare il principio di solidarietà*”⁶⁰.

Desde una concepción amplia y clásica del pensamiento neoliberal⁶¹ la ‘libertad económica’, la

⁵⁷ Bin, Roberto, *Soft law no law*, cit. p. 39.

⁵⁸ Somma, Alessandro, *L’economia sociale di mercato / 1. Il fascino della terza via: Torna di moda un passato mai passato*. cit., p. 10.

⁵⁹ Alonso, L. E., *La juventud en el tercer sector: redefinición del bienestar, redefinición de la ciudadanía*, Revista de Estudios de Juventud 45, INJUVE, 1999.

⁶⁰ Somma, Alessandro, *L’economia sociale di mercato / 1. Il fascino della terza via: Torna di moda un passato mai passato*. cit., p. 13.

⁶¹ Friedman, Milton, *Capitalism and Freedom*, cit., p. 135.

protección de la propiedad y demás derechos reales, y ‘una moneda fuerte’ en el sentido monetarista⁶² devienen en condiciones pivotes indispensables para el desarrollo social y para el pleno ejercicio de la libertad política, lo cual sólo es posible en un sistema capitalista dirigido por el principio de la competencia que garantice el ‘libre mercado’. Este último – el libre mercado – como institución central y ‘autopoiética’ que garantiza en el proceso social evolutivo alcanzado, el más eficiente mecanismo de producción, de distribución y de incremento de la información social. Pero que, por otro lado, provoca un proceso de desobjetivación individual y colectiva como resultado de la estandarización y de la homogenización a través de la promoción de un determinado comportamiento autómatas de un sujeto ciudadano consumidor, llamado a integrarse y no a emanciparse⁶³. Todo lo cual conspira contra el ‘genuino’ sentido de la idea de progreso y de la civilización, potenciando, en un ejercicio regresivo de los tipos individuales diferenciados de la evolución humana, la preponderancia y la expansión de un tipo de conciencia colectiva consumista que privilegia la especie de ‘solidaridad mecánica’ en términos de DURKHEIM, que deviene ‘orgánica’ e inclusiva para el sistema, en términos ordoliberales.

En cualquier caso ambos tipos de solidaridades – mecánica y orgánica – son funcionales a una sociedad privada construida sobre la (*in*)consciencia del consumo⁶⁴, bien porque la ‘solidaridad

⁶² Von Mises, Ludwig, *Economic Calculation in the Socialist Commonwealth*, Ludwig von Mises Institute, 1990. <http://mises.org/econcalc.asp>

⁶³ “ (...) tutti dovevano limitarsi a produrre automatismi idonei a sincronizzare interessi individuali e interessi collettive. Solo a queste condizioni si sarebbe avuta concorrenza perfetta, ovvero una situazione in cui il consumatore, o meglio il cittadino ridotto a consumatore, sarebbe statato capace di orientare il soddisfacimento dei suoi bisogni, riconoscendo così nel mercato l’istituzione più sociale per l’allocazione di beni. Sociale anche in quanto poteva costituire il veicolo del suo riscatto, della sua ascesa dalla condizione proprietaria a quella di piccolo capitalista: della sua integrazione come impedimento alla sua emancipazione.”, Somma, Alessandro, *Democrazia economica e Diritto privato. Contributo alla riflessione sui beni comuni*, cit., pp. 8 - 9.

⁶⁴ Sobre el peso y el significado que tiene la conciencia colectiva sobre las conciencias individuales, y el peso que tienen las relaciones jurídicas como expresión de la opinión pública general, Durkheim expuso: “Ahora bien, sólo una sociedad constituida goza de la supremacía moral y material indispensable para crear la ley a los individuos, pues la única personalidad moral que se encuentra por encima de las personalidades particulares, es la que forma la colectividad. Sólo ella también tiene la continuidad e incluso la permanencia necesaria para mantener la regla por encima y más allá de las relaciones efímeras que diariamente la encarnan. Hay más, su función no se limita simplemente a erigir en preceptos imperativos los resultados más generales de los contratos particulares, sino que interviene de una manera activa y positiva en la formación de toda regla. En primer lugar, es el árbitro designado por modo natural para solucionar los conflictos de intereses y asignar a cada uno de éstos los límites que convengan. En segundo lugar, es la primera interesada en que reinen el orden y la paz, si la anomia es un mal, lo es, ante todo, porque la sociedad la sufre, no pudiendo prescindir, para vivir, de cohesión y regularidad. Una reglamentación moral o jurídica expresa, pues, esencialmente, necesidades sociales que sólo la sociedad puede conocer, descansa sobre un estado de opinión y toda opinión es cosa colectiva, producto de una elaboración colectiva.”, Durkheim, Émile, *La división social del trabajo*, Tesis doctoral, 1893.

orgánica' asimila al individuo a un todo social en el cual debe desempeñar una función sistémica en la cual diluye su subjetividad, o bien porque la 'solidaridad real' aísla al individuo en un esquema de relaciones negativas, como átomo incapaz de conformarse en un haz de acción colectiva de tipo transformadora. Ambas estrategias son difusas, contingentes y convergentes en sus fines de conservación del sistema, a través del proceso ideológico de *marketing* de creación artificial de las necesidades sociales.

En una sociedad postmoderna – o post industrial –, el constructivismo llega a extremos desconocidos en la modernidad. Las necesidades, si bien siguen cumpliendo un rol importante en la conformación de las conciencias individuales y colectivas, y el derecho vendría a ser expresión de esas necesidades sociales tal como fue expresado por DURKHEIM desde el año 1893, se reinvierten en la cadena dialéctica causa – efectos. La función de la satisfacción de las necesidades continúa siendo el motivo indispensable para 'construir' la integración social como mecanismo de pacificación, y cuya función de satisfacción y de integración viene desempeñada privadamente por el 'mecanismo del mercado' como productor de consensos y conformador de conductas sociales, que desplaza irremediamente la actividad política, activa y pública, del estado. Así lo considera el profesor R. BIN, que cita a Z. BAUMAN ⁶⁵, lo cual se corresponde exactamente – como se verá más adelante en la concepción cristiana demócrata alemana sobre la protección de los derechos del consumidor – con la actual definición del mercado como actividad propiamente privada, según la 'más autorizada' expresión política del ordoliberalismo germano.

En la sociedad postmoderna las necesidades no surgen espontáneamente de modo natural, sino que son construidas artificialmente por el mercado, desde el mercado y para el mercado, en una concepción global e inductiva de la realidad social, que funcionaliza el sentido de la solidaridad en pos de alcanzar la paz social como condición necesaria para la realización del mercado. El estímulo al consumo interno de cada país se convierte en bandera patriótica de los nacionalismos orientados a superar la crisis económica. De este modo los créditos al consumo – el 'apalancamiento' como factor actual

⁶⁵ “Oggi l'intervento attivo del Stato e della politica non è più richiesto: «è il mercato dei generi di consumo che si occupa di produrre consenso e di sollecitare la condotta sociale appropriata», dato che «orientare verso il mercato individui che perseguono la soddisfazione di bisogni sempre crescenti è l'unica cosa indispensabile all'integrazione sociale». La politica è invitata a star fuori dal mondo dei consumi ed a non interferire in quella che è «una questione privata tra consumatori e mercato». Allo Stato e al suo diritto spetta al più assicurare un certo equilibrio tra le parti fissando in termini molto generali i rispettivi diritti e doveri, e lasciando poi alle regole elaborate “dal basso” (la soft law) di precisare i contorni delle reciproche garanzie.”, Bin, Roberto, *Soft law no law*, cit. p. 40.

desencadenante de la crisis financiera internacional – a través de tarjetas de créditos, préstamos hipotecarios y de préstamos personales, se convierten en un indicador económico de medida de la salud del mercado y de la economía. En los Estados Unidos por ejemplo, el 70% del volumen de negocios depende del consumo de la masa de ciudadanos⁶⁶.

El consumidor – en la versión sociológica del modelo comportamental – y el rol social que debe cumplir como parte de una colectividad, viene asegurado desde el derecho por una serie de mecanismos de prescripción, de estímulos y de punición que convergen en su funcionalización con la concepción del modelo humano económico motivado por el interés individual. De este modo la convergencia del modelo individual del *homo oeconomicus* con la consideración del comportamiento del *homo sociologicus*⁶⁷ como parte integrante de una colectividad nacional, permiten sistematizar el orden y gestionar de manera muy previsible el cálculo económico del resultado social. La gestión sistémica de ambos modelos, bien de manera simultánea, bien de manera alternativa, es funcional a la estabilidad del *status quo* en cuanto al conocimiento y el condicionamiento de la formación de las motivaciones humanas; lo cual permite hilvanar el hilo conductor que conlleva al actual proceso de programación de la privatización del espacio público, de contractualización privada de la *res publica* y de mercantilización de la solidaridad a través de la homogenización del universo de comportamientos humanos, reducidos a ser meros sujetos alienados por el mecanismo del mercado y convertidos en individuos consumistas que deben cooperar – y discriminar – desde la responsabilidad social y el sentido patriótico del consumo de los productos nacionales⁶⁸.

El Derecho, la gobernanza y la competencia funcional consustancial al libre mercado se aglutinan para cancelar y condicionar el sentido axiológico de la solidaridad: “*El contrato no es más que una tregua y*

⁶⁶ George, Susan, *Sus crisis, nuestras soluciones*, cit. p. 37.

⁶⁷ Dahrendorf, R., *Homo sociologicus*, 3 edición, Roma, 1989, pp. 45 – 57.

⁶⁸ “*Debido a los precios más bajos y una mayor variedad de productos, gracias a la competencia internacional, los consumidores son, por un lado, beneficiarios pero, por otro, también colaboradores en la globalización. Con sus decisiones de compra e inversión influyen permanentemente en el éxito comercial de determinados productos y productores. Muchos productos extranjeros ofrecidos en Alemania no se fabrican bajo las mismas condiciones sociales, legales y ecológicas como los productos alemanes. Queremos mejorar la base de decisión para los consumidores conscientes de su responsabilidad y por tanto queremos promover la transparencia a través de la introducción de sellos de calidad internacionalmente válidos y fiables.*”, El programa de bases programáticas, aprobado por la Convención nacional de la Unión Demócrata Cristiana de Alemania (CDU), en Hannover, 3-4 de diciembre de 2007. cit., p.35.

bastante precaria; sólo suspende por algún tiempo las hostilidades. No cabe duda que, por precisa que sea una reglamentación, dejará siempre espacio libre para multitud de tiranteces. Pero no es ni necesario, ni incluso posible, que la vida social se deslice sin luchas. El papel de la solidaridad no es suprimir la concurrencia, sino moderarla.”⁶⁹.

El ordoliberalismo germano, objeto de estudio, y sus más diversas manifestaciones heterodoxas globales, han de ser observadas bajo el prisma de la consideración de que constituyen, todas, un intento de renovación del clásico liberalismo económico y del ‘ordine propietario capitalista’. En palabras del profesor SOMMA, el nacionalismo es el producto y la expresión última del pensamiento iluminista, y en ese sentido, el ordoliberalismo no es más que una forma de combinar de manera variable las tensiones individualistas y las tensiones organicistas siempre presentes al interno de una sociedad, en particular, en la sociedad germana en la cual, a modo de histórica excepcionalidad, desde finales del siglo XIX se escindieron las corrientes nacionalistas y las corrientes liberales como parte del propio proceso de crisis de la ‘modernidad’. Escisión que luego condujo al surgimiento del fascismo como expresión totalitaria de la sociedad capitalista necesitada de culminar la tardía ‘revolución burguesa’.

Haciendo referencia al programa de bases programáticas, aprobado por la Convención nacional de la Unión Demócrata Cristiana de Alemania, en el año 2007, como expresión de norma política y manifestación de *soft law* que condiciona el comportamiento de la Konrad Adenauer Stiftung, viene definida la tutela de los derechos del consumidor en el marco del discurso ordoliberal⁷⁰. Como no podría ser de otro modo, los derechos individuales del consumidor quedan contemplados bajo la visión organicista de la sociedad, con lo cual quedan definidos como ‘derechos civiles’ sometidos al principio

⁶⁹ Durkheim, Émile, *La división social del trabajo*, Tesis doctoral, 1893.

⁷⁰ “La competencia es una condición esencial para una sólida protección de los consumidores. Porque cada monopolio que reduce la competencia, restringe la diversidad y la libertad de elección de los consumidores. Los derechos de los consumidores son derechos civiles. La protección de los consumidores constituye una tarea política transversal. Forma parte de una extensa política de consumidores, que busca un justo equilibrio entre los intereses de los consumidores y de la economía, para que en Alemania se mantenga un alto nivel de calidad de vida. Se trata de aspirar a un óptimo de protección de consumidores a través de un equilibrio entre autodeterminación y protección por el Estado. Contar con información confiable, amplia y objetiva sobre productos y su calidad posibilita una actitud de consumo con responsabilidad propia. Nuestro ideal es el consumidor de mayoría de edad informado. La protección de consumidores no es asunto exclusivo del Estado, también depende de la cooperación y responsabilidad de los productores, los procesadores, los ofertantes y los consumidores. No queremos una conducción estatal del consumo.”, El programa de bases programáticas, aprobado por la Convención nacional de la Unión Demócrata Cristiana de Alemania (CDU), en Hannover, 3-4 de diciembre de 2007. p. 37.

de la competencia, y cuya protección debe responder a un juego de equilibrio de co – responsabilidad entre ‘derechos individuales’ e ‘intereses generales’.

En cualquier modo la protección de los derechos del consumidor, en la lógica ordoliberal, es expresión de la necesidad de integración de los agentes económicos catalácticos y *bisognosi*, y de la cooperación social en aras de dotar al mercado de la información necesaria que contribuya a su adecuado funcionamiento, lo cual implica la carga de la auto responsabilidad del consumidor para con el funcionamiento del mercado, lo cual conlleva a que debe asumir un comportamiento sistémico en sus relaciones de derecho privado. Espacio privado en el cual el mecanismo estatal público, como expresión de la soberanía estatal, se mantiene expectante y lo suficientemente alejado de la soberanía del ‘*ordine proprietario*’, de la riqueza y de la propiedad⁷¹ como para interferir en el proceso.

Si en palabras del profesor SOMMA, en el orden propietario moderno burgués el individuo es libre en cuanto a individuo propietario como condición para alcanzar el status de ciudadano, y aquel orden naturalmente conformaba el comportamiento de todas las partes ‘ensambladas’ en un todo funcional según la lógica de la tradición liberal, que incluía la cuestión del conflicto como elemento armónico de la modernidad; en el orden postmoderno y de matriz ordoliberal, el orden de la sociedad del mercado organicista, a través de la contractualización de todas las relaciones sociales, adquiere mayor capacidad disciplinante y masiva. La fuerza conformativa de la actividad de consumo, como punto de encuentro entre individuo y orden, alcanza a todos los ‘ciudadanos’ – ello implica a que todos los ‘ciudadanos’ son ‘consumidores por coacción’ – y deben actuar según las ‘reglas institucionales del mercado’, lo cual incluye por supuesto, la funcionalización de las normas de conducta de la solidaridad que quedan subsumidas en el ‘nuevo orden del consumo’ según una teoría de roles impostada desde la sociología, que expulsa la cuestión del conflicto social y la concepción de la lucha de clases sociales de la comprensión de la sociedad postmoderna⁷².

La actividad de consumo y la conformación de la demanda – devenido un acto indispensable de socialización y de civilidad, tutelado constitucionalmente por los ordenamientos jurídicos – involucra en un ‘espacio social cooperativo’ tanto a operarios como a empresarios, ocupados y responsables todos con la reproducción del ‘*ordine proprietario*’, aún y cuando la asimetría estructural entre los contrayentes en el espacio del mercado se reproduzca en la inicua distribución de beneficios, y

⁷¹ Bin, Roberto, *Soft law no law*, cit. p. 40.

⁷² Somma, Alessandro, *Economia di razza. Dal fascismo alla cittadinanza europea*, cit., pp. 38 -40

alimente un sistema de gestión social que no incorpora la finalidad de la emancipación individual. La reforma ordoliberal del ‘*ordine proprietario*’ incluye la cooperación organicista entre el capital y el consumo, y la cooperación forzada como expresión de la necesidad de satisfacción de las necesidades individuales básicas de la existencia humana⁷³.

6 A MODO DE SÍNTESIS: ¿POR QUÉ LA KONRAD ADENAUER STIFTUNG?

Resulta entonces que si este análisis teórico es cierto, y los presupuestos asumidos se verifican, toda la actividad que desarrolla la Konrad Adenauer *Stiftung* en América Latina a través de sus oficinas de representación, tiene mucho más que ver con cuestiones vinculadas a las hegemonías ideológicas en el vértice del poder y a las conquistas de espacios de mercados geoestratégicos, que con la verdadera paz soberana, el progreso y el pleno ejercicio de la democracia y la libertad de los pueblos latinoamericanos.

Pudiera ser que la producción simbólica discursiva, definida y promovida desde el universo KAS en América Latina sobre el legítimo orden y el progreso social, quede determinada por la retórica del apaciguamiento y la estandarización, por la falsedad del imaginario de futuro construido en la virtualidad de sus discursos y por la imposición sobre cuáles son las auténticas necesidades latinoamericanas. Todo lo cual conlleva al mantenimiento y a la reproducción del injusto *status quo*.

En este caso, el elemento de ambigüedad introducido por la incertidumbre y la ubicuidad en la corriente doctrinal ecléctica del pensamiento ordoliberal como tercera vía entre el colectivismo y el individualismo, que incluye la confección simbólica del modelo de comportamiento humano, aún no formalizada expresamente del ‘modelo del *homo ordoliberal*’, y la certeza en el valor del mercado como verdad absoluta interrelacionada con el resto de los ‘órdenes sociales’, unido a la generación del miedo social por el riesgo, el caos y la contingencia social devenidas consecuencias de un mecanismo de resolución conflictivo de las desigualdades sociales, dejará de ser una fortaleza y pasará a convertirse – por cuanto ilegítima y falseada – en una debilidad institucional que mine la confianza y afecte, en cuanto universo KAS, a sus interlocutores locales y a los destinatarios de su acción. Para lograrlo se debe desarrollar una denuncia abierta, directa y pública que evidencie las consideraciones corporativas hegemónicas y las motivaciones ordoliberales autoritarias en su versión de ‘fascismo

⁷³ Somma, Alessandro, *At the roots of European private law: social justice, solidarity and conflict in the proprietary order*, cit., pp. 208 - 210.

débil,⁷⁴.

La hipótesis sostenida es la siguiente: ‘El esquema totalizante y funcionalizado de sucursalización latinoamericana del pensamiento y práctica ordoliberal germana, que se promueve como ejercicio de dominación post neocolonial desde la actividad transnacional desplegada por la Konrad Adenauer *Stiftung*, apunta hacia la legitimidad del orden cooperativo de la gobernanza global, en detrimento de la realización más plena de las soberanías nacionales latinoamericanas’. Cuestión que se intentó desarrollar en la Primera parte, a partir del análisis integral de la visualización de la arquitectura e intrusión intelectual de la acción del universo KAS en las realidades sociales latinoamericanas, en los frentes más significativos.

La principal labor de la Konrad Adenauer *Stiftung* en América Latina es lograr a través de su desempeño ideológico, la legitimidad y la autoridad moral, la confianza social y la certeza absoluta y mística de los dominados en la realización del proyecto ordoliberal, impostándolo indiscriminadamente como valor universal, capaz de absolver la singularidad y la diversidad como anécdotas de un todo universal. Esta cuestión es esencial al objeto de la crítica del discurso sostenido, que por demás toma distancia y no asume los riesgos de visos de fundamentalismo aborígen, por cuanto sostiene que la lógica imperial – y *kasiana* – no trata de conservar y de transformar la singularidad incorporando valores universales, sino que procura sustituir las singularidades de las identidades latinoamericanas con identidades que se dicen universales, cuando realmente son ideológicos perfiles ordoliberales contruidos con el fin de la asimilación y la desposesión subjetiva local, para con ello contribuir – en un ejercicio de división internacional del trabajo según la lógica imperante del libre juego de los mercado internacionales – a la funcionalización periférica por parte del sistema dominante de relaciones de poder.

⁷⁴ No se profundizará en este estudio sobre el análisis de la identidad fascista del nacional socialismo alemán, donde se hunden las raíces del pensamiento ordoliberal germano, que en su versión de *fascismo débil* asume la fórmula pública de la Economía Social de Mercado. Sobre el tema sólo aportar que cualquier valoración histórica sobre el fascismo supera la teoría del “paréntesis” de Casucci (1962) y es perfectamente asumible su vigencia y su reproducibilidad en el actual esquema global de tendencias cooperativa – corporativa – autoritaria – totalitaria. Inmersa la sociedad actual en una interconectada red cooperativa, absorta en una crisis económica mundial, confrontada por una crisis crónica de valores morales en transición, y enfrascada en la crisis gubernamental, generalizada y pública, que afecta en particular a los países de la OCDE, se puede considerar que existen condiciones predisponentes y erosionantes para facilitar el triunfo de la ideología fascista. Idea particularmente atractiva en determinados sectores de las élites intelectuales juveniles de la clase media, y en secciones de proletarios disgustados e impacientes por tomar la acción, todos al margen del establishment social.

Lo más doloroso de la estigmatización histórica que vive el ‘ser latinoamericano estereotipado’ – étnicamente mestizo, intelectualmente atrasado y espiritualmente sincrético – no proviene de la confusión en cuanto a su *propria e vera* identidad individual y colectiva por su pertenencia identitaria a una región geográfica y cultural; sino que proviene del ‘doloroso sentido de abandono y de avasallamiento’, del desconcierto funcional y del desconocimiento espacial y exacto de su posición colectiva e individual en el destino de la realidad mundial globalizada en un mercado impersonalizado. Ante esta centenaria e impuesta crisis ‘objetiva de identidad colectiva continental’, la ‘economía social de mercado’ provee una respuesta de asimilación occidental – nunca de integración entre iguales – periférica y funcional al esquema corporativo mundial de matriz ordoliberal⁷⁵, que pretende ser suficientemente promocional, caritativa y carismática para ser aceptada. Esta difusa fórmula cooperativa – superior al neoliberalismo estadounidense en cuanto a producción de ambigüedad – no queda expuesta por sus cultores en relación a que las consecuencias de su aplicación sean la de mantener relegada a la región latinoamericana de los principales circuitos de distribución de las cuotas del poder global, y de reproducir las desigualdades sociales acumuladas, todo acorde y en correspondencia con un estilo de dominación estratégica, auténticamente organicista y funcionalizante, cuyas raíces tienen un marco de referencia cultural racista, de origen nacionalsocialista⁷⁶. “*El mayor peligro para la democracia, aún la global, proviene de la aplicación de modelos y estilos organicistas de funcionamiento de la sociedad*”⁷⁷.

El discurso sostenido en esta Segunda parte, recalca que la etapa actual – como quiera que se denomine – de la nueva modernidad, de la *alta* modernidad, o de la postmodernidad, no suprime

⁷⁵ “*Giacché «l’economia corporativa rispetta il principio della proprietà privata» e «rispetta l’iniziativa individuale», e «soltanto quando l’economia individuale è deficiente, inesistente o insufficiente, allora interviene lo Stato»: né più né meno di quanto affermato dai padri fondatori dell’ordoliberalismo, inteso come completamento della rivoluzione borghese.*”, Somma, Alessandro, *Razzismo economico e società dei consumi*, cit., p. 451.

⁷⁶ Para ver un criterio diferente, Lazcano Gutiérrez Ivan, *El ordoliberalismo alemán y la Economía Social de Mercado*. cit., p.99.

⁷⁷ “*I maggiori rischi per la democrazia derivano tuttavia dai toni impiegati per invocare un ritorno a modelli organicisti. Si propone infatti di recuperare dal pensiero romantico l’idea che l’uomo «è parte di un meccanismo storico più complesso dell’uomo stesso», di una «comunità storica», di una «civiltà organica» (...) in tal senso, «una comunità può e deve definire la sua identità solo per mezzo dei suoi valori storicamente consolidati». Il romanticismo di cui si parla è dunque il romanticismo cui rinvia lo storicismo tedesco di primo Ottocento, che tanta parte ebbe nell’elaborazione della dottrina nacionalsocialista, volto com’era a ridefinire l’appartenenza dell’individuo all’ente statuale in termini etnico-spirituale”, Somma, Alessandro, *L’economia sociale di mercato / 1. Il fascino della terza via: Torna di moda un passato mai passato*. cit., p. 7.*

inevitablemente el sentido del conflicto democrático, aun cuando transforme su significación y aun cuando deba resignificarse en un nuevo sentido de transformación histórica por quienes asuman la cualidad de sujetos, para aceptar la responsabilidad de la renovación de la sociedad, y evitar el riesgo de ‘*una colonizzazione delle energie civiche*’ prevista desde la *governance*⁷⁸.

El Derecho imperial de la gobernanza, utilizando tanto el mecanismo procedimental proveniente de las técnicas del *soft law*, como empleando los medios convencionales del *hard law*, es un tipo de Derecho que se aleja de cualquier cuestión que se asemeje al dogmatismo, a la abstracción y a la rigidez, para convertirse en el resultado normativo y regulador de la contractualización de la acción competitiva de grupos elitistas y sujetos dominadores animados por intereses propios y objetivos específicos, que convergen a manera de ‘racionalidad estratégica’ y de ‘cooperación calculada’ sobre la cuestión de la funcionalización política de los intereses públicos para beneficio económico de los agentes privados. El ordoliberalismo establece un ‘set de reglas del juego’ que determinan sobre la autonomía de los miembros del cuerpo social, de modo que ‘la regla es el juego’, y ‘el orden es el sistema’. La integración de los ‘*ordini sociali parziali*’ ordoliberales equivale a instrumentalizar la democracia y la entera libertad política de la sociedad en función del *ordine* económico, este último como elemento de legitimación fundamental del sistema *quo*.

La cuestión del antidogmatismo en la construcción de un Derecho *glocal*, no se refiere a un ejercicio dialéctico de superación de conceptos caducados y de errores detectados en la aplicación disfuncional de la norma según el contexto social; se refiere a la necesidad del ejercicio del poder en la búsqueda constante de consensos que le permitan reproducir el *status quo*. Conservar *creyentes* significa en la postmodernidad, construir un ‘ambiente social’ que se corresponda con las necesidades sistémicas y “*con el mundo realmente existente*”⁷⁹.

La Segunda parte el discurso se ha estructurado sobre la denuncia de la deriva de la acción totalitaria que ejerce el sistema de mercado sobre los comportamientos humanos, y el papel que tiene el subsistema del Derecho en cuanto a la armonización de los diferentes y difusos dispositivos de poder.

⁷⁸ Ferrarese, Maria Rosaria, *La governance tra politica e diritto*, cit., p. 71.

⁷⁹ “*La idea elemental de "error", crucial al pensamiento científico, está ausente en esa cerrada estructura discursiva: los dogmas son incorregibles y por eso mismo no sufren los embates de las crisis. Lo que ocurre es que la gente los abandona, su problema es la deserción de los creyentes, no su inadecuación ante los datos del mundo verdaderamente existente.*”, Borón, Atilio A., *Capítulo IX. Tras el diluvio siempre sale el sol. La teoría política marxista entre las transformaciones del capitalismo y el derrumbe de los "socialismos realmente existentes: Estado, capitalismo y democracia en América Latina*, cit., p. 209.

La estandarización de la escala de preferencias humanas y el cálculo de su evolución según la nueva provisión de productos y de servicios, permite gestionar, predecir y manipular el curso de las pretensiones, las aspiraciones y las idealizaciones de los intereses individuales humanos, cada vez más alienados de la realidad colectiva externa y cada vez más centrados en la satisfacción individual de sus deseos y placeres. No obstante, como desde el vértice del poder se asume que es imposible alcanzar el ciento por ciento de alienación, el sistema admite y permite la realización de acciones solidarias cooperativas de responsabilidad social, en tanto y en cuanto, queden constreñidas al contenedor de lo posible y de lo admisible según las fronteras internas del marco jurídico institucional ordoliberal.

A la pregunta de Por qué el estudio de la Konrad Adenauer? se responde con diez presupuestos genéricos alcanzados del análisis de esta Segunda parte de la tesis. No se trata de ‘demonizar’ la actividad que realiza la Konrad Adenauer en América Latina, ni de poner en entredicho la ética individual de las convicciones de ningún funcionario de la *Stiftung*. Se trata sólo de confrontarse con el mecanismo de la cooperación ordoliberal desde la promoción de la legitimidad del conflicto constructivo y democrático, e intentar forzar los propios postulados teóricos y prácticos de la fundación, en la dirección de una mayor medida de justicia y de redistribución social más equitativa.

Al abordar el estudio de la Konrad Adenauer *Stiftung*, se describe un mecanismo de gestión ordoliberal formado por decenas de dispositivos de poder que sostienen la inequidad y la reproducción de la realidad social contemporánea. Para ello, y a contracorriente, la tesis concluye en esta Segunda Parte que se debe promover una funcionalización del *ordine* económico a favor del *ordine* de la justicia social, y no viceversa. La tesis propone que se requiere un modelo de funcionamiento de la sociedad en el cual la ‘solidaridad social’ no devenga en subsidiaria y contingente, y que la ‘subsidiariedad’ no devenga en un modelo de gestión social de ‘solidaridad mínima’ sujeta a un indigno ‘estado de necesidad’ y de existencia vital mínima⁸⁰.

La tesis propone que se requiere abandonar una visión contractualista y productivista de la sociedad y ‘desarrollista’ del progreso humanos⁸¹. Considera que no es cierto que la única fórmula para combatir

⁸⁰ Para ver un criterio diferente, Lazcano Gutiérrez Ivan, *El ordoliberalismo alemán y la Economía Social de Mercado*. cit., p.129.

⁸¹ “En última instancia, el objetivo de la política social debe ser la justicia de oportunidades (“oportunidades para todos”) y no la igualdad de los resultados. Básicamente, deberá considerarse siempre el conflicto que existe entre el objetivo de la eficiencia y aquel otro de la justicia, dado que más redistribución siempre disminuye al mismo tiempo los incentivos

la pobreza sea la senda ‘*del crecimiento económico sostenido que alimente más crecimiento*’⁸². A *contrario sensu*, considera que la pobreza, la extrema pobreza y la marginalidad social se deben combatir por la propia significación de valor de la dignidad humana, y no como resultado de una funcionalización que requiere, *per se*, el *ordine* económico ordoliberal. La tesis considera que la manera más eficiente y eficaz de resolver las desigualdades sociales se encuentra en implementar un mejor mecanismo de redistribución de la riqueza al interno de la sociedad, que no se reduzca a la versión del Estado fiscal y subsidiario del modelo ordoliberal. Frecuentemente ‘el crecimiento económico’ solo coadyuva a reproducir y ampliar las diferencias sociales, alejándose cada vez más de la senda de la dignidad del genuino progreso humano.

Si la búsqueda de la ‘*terza via*’ representa una utopía como un polo dialéctico de la realidad que expresa infinitas posibilidades y determinaciones – lo que hoy es utopía mañana será realidad y ésta, a su vez, se habrá convertido en historia – ⁸³, la tesis sostenida en este texto propone que la emancipación y la solidaridad social debe buscarse por un camino que no conduzca a la ordoliberal aplicación de los principios de la fórmula ‘economía social de mercado’.

I – Síntesis de diez presupuestos que alcanza la tesis sobre la conformación de una visión integradora y compleja del objeto de estudio – La fundación Konrad Adenauer.

1– La articulación de la gobernanza económica mundial, sobre la base de los fundamentos cooperativos de impronta organicista, deviene en un refinado mecanismo *de facto*, totalitario y discriminatorio de reproducción de las desigualdades sociales acumuladas históricamente. El diálogo cooperativo ordoliberal a escala internacional deviene en un mecanismo hegemónico global de reproducción del *status quo*.

productivos y, por ende, el crecimiento. Por lo tanto, es importante reducir el gasto público en consumo y, en cambio, fortalecer las inversiones. ”, Ernste, Dominik H., *Una perspectiva ordoliberal de la Economía Social de Mercado. Basado en los “Principios de política económica” de Walter Eucken.*, cit. p. 67.

⁸² “No se conoce otra fórmula para acabar con la miseria: crecimiento económico sostenido que alimente más crecimiento (vía inversión) y que ayude a responder a las demandas sociales.”, Rodríguez, Grossi J., *Economía Social de Mercado: ¿una propuesta para América Latina?*, Economía Social de Mercado. Diálogo Político, Revista trimestral No. 1, marzo 2009. Argentina. p. 153. <http://www.kas.de/argentinen/es/publications/16719/>

⁸³ Kosic, Karel, *Dialéctica de lo concreto*, México, Grijalbo, 1976.

2– El estilo autoritario de la gobernanza económica mundial, con clara tendencia a la jerarquización cultural y política, requiere estructural y funcionalmente su reproducción en forma de pseudo consenso democrático y de aceptación ideológica en todos los niveles – locales, nacionales, regionales y continentales–. La corrupción, la destrucción, la producción y la sustitución continuada de subjetividades locales como mecanismo de asimilación, constituye la garantía de la expansión de la hegemonía liberista.

3– La Konrad Adenauer *Stiftung* constituye un agente privado gubernamental de transnacionalización ordoliberal, productor de subjetividades postmodernas en la modernidad *pseudo* occidental de América Latina. Su misión radica en alcanzar un conocimiento *in situ* de toda la dinámica social continental, gestionando la identidad latinoamericana y reproduciendo su estigma para incorporarla en la complementariedad del orden económico internacional, según la vena organicista del vértice del poder mundial organizado en una asimétrica relación competitiva/cooperativa de centro – periferia.

4– La Konrad Adenauer *Stiftung* desarrolla una meticulosa y heterodoxa actividad *post* neocolonialista en América Latina; por la cual reproduce lealtades en los líderes políticos y sociales según un proyecto ordoliberal de alcance global. La República Federal Alemana, una vez asimilada la Europa continental, amplía su esfera de influencia geoestratégica induciendo nuevas versiones híbridas y funcionales del pensamiento ordoliberal; distante del modelo aplicado en suelo patrio.

5– El jurídico trasplante heterodoxo del ordoliberalismo, como método inductivo de gestión del poder, se explica por dos cuestiones: Primera: Por las carencias propias en la formalización teórica del pensamiento ordoliberal, incapaz de explicar ‘el mito económico del milagro alemán’ (*Wirtschaftswunder*) como elemento legitimante y de prestigio. Segunda: En sede de discriminación, por el desprecio mostrado en cuanto al carácter histórico del contexto espacio – temporal de la realidad de los pueblos latinoamericanos. Realidad histórica que constituye un medio para ser funcionalizada – tal como lo ha practicado el neoliberalismo de marca estadounidense –⁸⁴, y no un fin en sí misma para ser transformada en la dirección de una mayor justicia social.

⁸⁴ “Pero es en su uso moderno en conexiones tales como “justicia social” (uno pensaría que toda justicia es un fenómeno social) o cuando nuestros deberes sociales son contrastados con meros deberes morales, se ha convertido una de las palabras más confusas y perjudiciales de nuestro tiempo, no sólo ella misma vacía de contenido y susceptible de serle otorgado cualquier contenido arbitrario que uno desee, pero privando todos los términos con los que es combinada (como en la economía social de mercado o el Estado social de derecho alemanes) de un contenido definitivo. En consecuencia, me siento obligado a tomar posición en contra de la palabra “social” y el demostrar que en lo particular el concepto de “justicia social” no tiene significado que, llamando a una engañosa perspectiva, que la gente de

6– La *pseudo* confrontación y la cooperación estratégica funcionalista en el vértice de la hegemonía del poder mundial, entre el neoliberalismo estadounidense y el ordoliberalismo comunitarista europeo de impronta germana, cierra el acceso a cualquier esquema alternativo para un más pleno ejercicio libertario y democrático; cuestión funcional a la promoción de un esquema de privatización de la gobernanza mundial, según una deriva conservadora, tendencialmente alarmante en períodos de crisis por su distanciamiento de los mecanismos democráticos.

7– Los mecanismos flexibles de gestión de la realidad social, practicados desde el dispositivo del *soft law* como técnica de deformalización y desnacionalización del Derecho, incorpora nuevos actores no estatales y nuevas economías emergentes, sin que ello implique una deriva democratizadora de la gestión internacional de las relaciones de poder. La salida de la crisis económica mundial de los países de la OCDE establece un mecanismo global de seguridad sistémica de reparto de las pérdidas – socialización de las pérdidas –. Un mecanismo de gestión global similar no se aplicó durante la histórica crisis de la deuda externa de los países de América Latina en la década de los años 80 del pasado siglo; estos países fueron obligados a pagar un elevadísimo costo social a través de fuertes políticas estructurales de ajuste macroeconómico – privatización / desregulación / desnacionalización.

8– Una acumulación crítica de la tensión económica y social a nivel internacional, tendría como hipótesis de superación promovida desde el vértice del sistema, un esquema violento y totalitario a escala global. La necesidad de coordinación de las políticas económicas y fiscales a nivel internacional del sistema capitalista, *diventará* en un mecanismo político global *de facto*, estructural y organicista, legitimado por la crisis ambientalista, la seguridad contra la amenaza del terrorismo, la retórica de la protección de los derechos humanos en el Tercer mundo, y el desarrollo económico sostenible. El poder instrumentaliza la crisis, y el Derecho cooperativo global lo legitima. De este modo, la versión 2.0 de la fórmula ordoliberal podría efectivamente promocionarse como ‘economía social y ecológica de mercado’.

9– La solución a la cuestión del progreso social de América Latina requiere de una mejor distribución del ingreso social. La redistribución social es potencialmente más eficaz que el crecimiento económico. Ello requiere de estructuras nacionales sólidas y de plenos ejercicios democráticos de soberanías, que permitan la intervención directa del estado sobre el mercado, como agente directo de la

pensamiento claro debe evitar.”, Hayek Friedrich A, *The Counter-Revolution of Science*, Liberty Press, Indianapolis, 1979, pp. 160-161.

producción y de la redistribución de las rentas. Más que valorizar el Estado de Derecho, se requiere implementar el Estado social de derecho.

10– El fortalecimiento de los mecanismos democráticos de gestión social es la única garantía para consolidar el Estado social y de derecho, y superar los dispositivos autoritarios liberistas de disciplinamiento social. No es cierto que alimentar el conflicto positivo y democrático como método de resolución de las diferencias, signifique elegir un camino de destrucción. Equivale a escoger un camino de emancipación.

III PARTE –DIMENSIÓN NORMATIVA ORDOLIBERAL EN LA REPÚBLICA DEL PERÚ.

CAPÍTULO ÚNICO – DIMENSIÓN NORMATIVA ORDOLIBERAL EN LA REPÚBLICA DEL PERÚ.

Sumario 1. El reconocimiento ordoliberal en las constituciones políticas peruanas – 1979/1993. Matices y entresijos históricos. 1.1 La constitución política peruana del año 1979. 1.2 La constitución política peruana del año 1993. 1.3 Ordoliberalización comparada y circulación del modelo. 2. Breve análisis del Código de protección y defensa del consumidor peruano. 2.1 La autoridad competente y derecho de la competencia. 2.2 La asimetría informativa y derecho de la información. 2.3 La democracia del mercado. Un juego entre intereses y derechos. 2.4 La educación para el consumo. Un derecho ordoliberal irrenunciable 3. Conclusiones.

III PARTE –DIMENSIÓN NORMATIVA ORDOLIBERAL EN LA REPÚBLICA DEL PERÚ.

La Tercera parte de la tesis en un primer momento realiza un recorrido contextualizado por las últimas dos constituciones peruanas que han acogido la fórmula de la economía social de mercado, de modo que han representado desde el punto de vista de trasplante jurídico constitucional, la ‘avanzada ordoliberal’ en el derecho ‘glocal’ de la América Latina. En cada momento de análisis de la Constitución Política se potencia la valoración de la situación contextual peruana, en particular para hacer resaltar la funcionalidad de la fórmula ‘economía social de mercado’ en contextos militarizados y de supresión de las principales instituciones democráticas. De igual modo se cita brevemente la derogada Constitución política ecuatoriana, del año 1998, para enfatizar en la diversidad de tipologías y configuraciones contingentes que puede asumir la Constitución económica bajo la denominación de ‘economía social de mercado’.

En un segundo momento se analizan algunos de los principales segmentos del articulado del Código de Protección y defensa del consumidor peruano, de modo que pueda articularse desde el punto de vista normativo las consideraciones que sobre el ordoliberalismo y sus prácticas se han realizado en las dos primeras partes de la tesis, en cuanto a su carácter organicista y autoritario, en cuanto a su discurso de asimilación y de pacificación a través del mecanismo del derecho cooperativo, en cuanto a la centralidad de la Constitución económica y el carácter de recomposición social de las intervenciones del Estado ordoliberal en cuanto a la reproducción de las condiciones constitutivas de existencia y funcionamiento del mercado, y por último en cuanto a la consideración del rol subsidiario de la solidaridad y de la justicia social, al interno de las relaciones del mercado.

1. RECONOCIMIENTO ORDOLIBERAL EN LAS CONSTITUCIONES POLÍTICAS PERUANAS – 1979/1993.

Ambos textos de la constitución política peruana – 1979/1993 – acogen la misma expresión de la economía social de mercado para definir su Constitución económica, en contextos temporales nacionales y dinámicas sociales globales bien diversas, lo cual es frecuentemente expresión de la distancia que existe entre la forma constitucional que asume el legislador nacional constituyente, la realidad social existente, y el ejercicio cotidiano de la acción política¹; lo cual supone a su vez, la realización de un ejercicio de comprensión de la estrecha y condicionada interrelación existente entre los cambios sociales y los cambios jurídicos².

En el fondo, se trata de intentar determinar la distinción teórica que existe entre la forma y el contenido de una institución jurídica históricamente determinada, cuestión sumamente difícil en sede del análisis de la ‘economía social de mercado’ por lo difuso de sus márgenes y su implicación organicista en la gestión de las libertades individuales y la funcionalización de los derechos e intereses económicos.

Básicamente el enunciado ‘silencio ordoliberal’ de sus padres fundadores³ – como resultado de la no constitucionalización de la fórmula economía social de mercado como Constitución económica al interno de la Ley de Bonn de 1949, y a pesar de las múltiples revisiones realizadas hasta el presente –, puede tener como hipotética respuesta el poder consentir el mutamiento del contenido, *ma*, contemporáneamente la conservación de la propia institución jurídica como un paradigma de todo el ordenamiento jurídico y premisa de interpretación legal. La exposición al cambio de la economía social de mercado, como paradigma metodológico de un modelo político–económico de construcción global del futuro social, es una consecuencia natural y directa de su objeto, fuertemente vinculado a la dinámica económica y a la adopción de estrategias orientadas a controlar y a asimilar el conflicto social. Esta amplia disponibilidad y versatilidad, permite que la misma fórmula sea utilizada en contextos diversos sin que sea transgredido su contenido, por cuanto en rigor, no existe tal contenido,

¹“Para nosotros, juristas, el reto el desafío, cada vez más agudo y creciente, consiste, obviamente, en averiguar cómo se interrelacionan los cambios sociales y los cambios jurídicos, o dicho de otro modo, en esbozar una teoría del cambio jurídico.”, Díez Picazo, Luis, *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Editorial Ariel, Madrid, 1973. pp. 9 y ss.

² Friedmann, W., *El derecho en una sociedad en transformación*, Fondo de Cultura económica, México, 1966. p. 12.

³ Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, del 23 de mayo de 1949 (Boletín Oficial Federal I, pág. 1) con las 52 revisiones realizadas desde aquella fecha, última revisión del 28 de agosto de 2006 (Boletín Oficial Federal I, página 2034). Boletín Oficial Federal III 100-1, Editado por el Bundestag Alemán – Administración – Sección de Relaciones Públicas, Berlín, 2009.

sólo existe la contingencia y la voluntad de preservación del modelo. Es por ello que desde la China hasta el Perú – transitando por la Europa del Este, la Unión Europea, y la República del Ecuador – pueden adoptar, formalmente, la fórmula ordoliberal germana y su contenido será un ‘traje a la medida’ de las necesidades sociopolíticas y económicas históricamente determinadas por el ejercicio del poder. De este modo queda garantizada y facilitada la condición cultural necesaria para efectuar el trasplante jurídico y la más plena recepción de la difusa corriente de pensamiento asociada al ideal de la economía social de mercado, por cuanto la determinación de su contenido contingente será competencia periódica de los fallos y de la interpretación que realicen los Tribunales superiores, del Tribunal constitucional, y por último de la doctrina jurídica como formante y fuente ‘informal’ con capacidad persuasiva y penetrante. Sirva de ejemplo la definición que realizó el Tribunal Constitucional peruano sobre la economía social de mercado, como condición ‘importante’ para la existencia del Estado social y democrático de derecho⁴. Acción jurisprudencial que trasciende y supera a aquella realizada por los propios creadores de la fórmula economía social de mercado.

Tornando nuevamente a los textos constitucionales peruanos – marcadamente diferentes por los contextos sociales, políticos y jurídicos en que ven la luz ⁵ – ambos tenían en común la misma denominación de su modelo económico como de economía social de mercado, y han sido objetos de estudio y polémica de las ciencias sociales peruanas, en los últimos 40 años. Por ejemplo, Alfaro REINA considera la influencia que pudo haber tenido la constitución española ‘post franquista’ sobre la

⁴ “*Supuestos económicos. La economía social de mercado es una condición importante del Estado social y democrático de derecho. Por ello debe ser ejercida con responsabilidad social y bajo el presupuesto de los valores constitucionales de la libertad y la justicia. A tal efecto está caracterizada, fundamentalmente, por los tres elementos siguientes: a) Bienestar social; lo que debe traducirse en empleos productivos, trabajo digno y reparto justo del ingreso. b) Mercado libre; lo que supone, por un lado, el respeto a la propiedad, a la iniciativa privada y a una libre competencia regida, prima facie, por la oferta y la demanda en el mercado; y, por otro, el combate a los oligopolios y monopolios. c) Un Estado subsidiario y solidario, de manera tal que las acciones estatales directas aparezcan como auxiliares, complementarias y temporales. En suma, se trata de una economía que busque garantizar que la productividad individual sea, por contrapartida, sinónimo de progreso social.*”, Sentencia del Pleno jurisdiccional del Tribunal Constitucional, del 11 de noviembre de 2003. Expediente 0008-2003-AI/TC. cit. 4.1.c Supuestos fundamentales de nuestro Estado social y democrático de derecho.

⁵ “*La constitución de 1979 fue producto de una concertación nacional que instauró una república basada en el trabajo y que se diferencia sustantivamente de la constitución fascista de 1993 producto de un golpe de estado de la autocracia fujimontesinista*”, Quiroz Torres, Mauricio, *25 años de la constitución peruana de 1979*, 2004. Disponible en, <http://peru.indymedia.org/mail.php?id=9593>.

Asamblea constituyente peruana enfrascada en la elaboración del primero de estos proyectos políticos constitucionales⁶. Ambos textos constitucionales también tienen en común el haber sido redactados en el marco de sendas crisis políticas institucionales, los cuales les daba a ambos un carácter instrumental de legitimación de los poderes de turno.

Básicamente en sentido ordoliberal, la cuestión estriba en determinar la función y el alcance del derecho en la definición y tutela de la Constitución económica, así como el poder determinar los límites de las competencias y de la libertad reconocida a los sujetos económicos individuales. “*La costituzione economica, qualunque essa sia, è organizzata e garantita attraverso il diritto. (...) In armonia con lo spirito del sistema spettarà alla scienza giuridica determinare le istituzioni e le norme base del sistema economico*”⁷.”

1.1 LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA PERUANA DEL AÑO 1979.

Como se ha expuesto con anterioridad, en cuanto a la formulación constitucional de la economía social de mercado como modelo socioeconómico de gestión social, muy pocos países lo han contemplado en su ordenamiento jurídico positivo; y posteriormente, como ha sido expuesto, fue ‘confederalmente’ acogida por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea – Tratado de Lisboa.

En la República del Perú – y en toda América Latina –, la primera formulación constitucional del modelo de la economía social de mercado, se estableció en un contexto internacional de pleno período de ‘guerra fría’ y de ‘revolución neoconservadora neoliberal’. La denominación economía social de mercado quedó contenida en el Título III – Del régimen Económico –, Capítulo 1 – Principios Generales –, del siguiente modo: “*Artículo 115. La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. El Estado estimula y reglamenta su ejercicio para armonizarlo con el interés social.*”

En el plano nacional peruano del año 1978 la situación era extremadamente convulsa, polarizada e inestable⁸, a pesar del regio ejercicio castrense de la junta militar en el poder que daba los primeros

⁶ Alfaro Reyna, L. M., *El programa penal económico de la constitución*, Revista electrónica de derecho penal. Disponible en, <http://vlex.com/pe/redp>.

⁷ Raiser, Ludwig, *Il compito del diritto privato*, Giuristi Stranieri di Oggi, Giuffrè editore. 1990. p. 41.

⁸ Como ejemplos de la convulsa situación interna peruana en el año 1978, pueden citarse: La huelga de hambre de trabajadores despedidos con motivo del paro nacional de 1977 (enero de 1978). El paro nacional convocado por la

pasos hacia la transición democrática: “*El cumplimiento del cronograma político dependerá de la paz, orden y tranquilidad del país*”⁹. Las principales disposiciones gubernamentales ante los disturbios sociales y la evidencia de la existencia de movimientos subversivos radicales y antisistema, fueron las reiteradas suspensiones de las garantías constitucionales y las constantes declaraciones del estado de emergencia, bien a nivel departamental, o bien en todo el territorio nacional. Por demás y a modo de matiz político regional y latinoamericano, dos destellos; en el año 1980 se produjo un golpe de estado en la fronteriza República de Bolivia – por tercera vez en tres años, las FFAA de Bolivia frustraban el retorno de ese país a la vida democrática –; y más de 10.000 cubanos entraron violentamente en la embajada de la República del Perú, en la Habana, Cuba¹⁰.

Esta formulación de la Constitución económica peruana, propia de la dogmática constitucional alemana y europea del siglo XX, fue la expresión directa de la correlación de fuerzas políticas presentes en la Asamblea constituyente, definitivamente instalada el 22 de julio del año 1978 – Asamblea convocada por la dictadura militar dirigida por el General de División, Francisco Morales Bermúdez Cerruti, el último de una larga e intermitente lista de militares usurpadores de la democracia peruana del siglo XX, que había declarado en su condición de Presidente de la República peruana, que el proceso de ‘transferencia’ de las Fuerzas Armadas a la ‘civilidad’ era de gobierno y no de poder –, y de las negociaciones internas en la Asamblea, en la cual los delegados del Partido Aprista Peruano – el PAP obtuvo el 35% de los votos válidos– presentaron conjuntamente con los delegados del Partido Peruano Cristiano – el PPC, fundado el 18 de diciembre de 1966 por la firma de su Declaración Constitutiva, obtuvo el 26% de los votos válidos – un proyecto de Constitución política, conducida magistralmente – y casi en plena agonía hasta su fallecimiento, el 3 de agosto de 1979 – por el

Confederación General de Trabajadores del Perú (CGTP) (27-28 de febrero de 1978), y la huelga indefinida del Sindicato Único de Trabajadores de la Educación del Perú (SUTEP) (mayo-julio de 1978). Durante todo este período, hasta el año 1980, muchos de estos paros, huelgas y acciones sindicales fueron calificados por el gobierno castrense, por el Partido Popular Cristiano, e incluso por el Partido Aprista Peruano como acciones «políticas» y «comunistas». El movimiento de Izquierda Revolucionaria El Militante (MIR-EM), había iniciado en el año 1965 la lucha guerrillera. Germen posterior en los años 80 del movimiento Tupan Amaru (MRTA).

⁹ Declaraciones del ministro del Interior, general EP Luis Cisneros Vizquerra, expresadas el 3 de mayo de 1978 en el diario El Comercio.

¹⁰ El 17 de enero de 1980, 12 cubanos ingresaron en la embajada peruana en La Habana, consiguieron la protección del embajador peruano Edgardo de Habich. El 4 de abril, el gobierno cubano decide retirar la protección policial de la embajada peruana y anunció que «*todos los cubanos podrán ir a Venezuela y Perú si así lo desean*». Por lo menos, diez mil ciudadanos cubanos hacen su ingreso en la embajada peruana. Esta situación generó un masivo acuerdo político y el consecuente éxodo migratorio de más de 250.000 cubanos hacia los Estados Unidos de América.

‘místico’ líder histórico aprista Víctor Raúl HAYA DE LA TORRE ¹¹, elegido con el apoyo del Partido Popular Cristiano, como Presidente Titular de la Asamblea constituyente y secundado en sus funciones por Ernesto Alayza Grundy (PPC) y por Alan García Pérez (PAP).

La Constitución política peruana del año 1979 sustituyó a su antecesora del año 1933 – esta última aprobada por un Congreso constituyente ‘mutilado’ por el despojo y la deportación de 22 congresistas apristas y la declaración vacante de sus representaciones, en virtud de la castrense Ley de Emergencia No. 7479, del primero de agosto de 1932 ¹² –, y sistematizó las principales cuestiones relacionadas con el régimen económico tal como venía sucediendo con la práctica constitucional desde la finalización de la Gran Guerra de 1917, con las constituciones de Querétaro – México –, la URSS, y la República de Weimar, durante los años 1917, 1918 y 1919 respectivamente, y con la posterior práctica y consolidación del constitucionalismo europeo de *dopo guerra*.

El régimen económico constitucional peruano del año 1979 fue el resultado de puntos de vistas convergentes y diferentes – y en ocasiones irreconciliables – de los 13 partidos políticos y movimientos representados en la Asamblea, y en la cual el Partido Aprista Peruano – APRA – y el Partido Peruano Cristiano como las dos fuerzas mayores representadas, intentaron alcanzar las mayores coincidencias sobre la base de un proyecto constitucional¹³. Básicamente, el fondo de las discusiones políticas sobre la definición de la Constitución económica al interno de la Constitución política, se centraba en dos posiciones ideológicas extremas. Por un lado, aquellos que apostaban por un modelo de economía de mercado, y por otro, aquellos que aspiraban a un modelo de gestión fundado sobre la economía planificada. Cuestión que en términos de RAISER, no debieran implicar mayores dificultades por cuanto un jurista no tiene nada que objetar, *per sé*, a un modelo u otro, siempre que la solución propuesta sea compatible con los criterios de la justicia social¹⁴.

¹¹ García Montero, Mercedes, Freidenberg, Flavia, *Perú*, en, Alcántara, Sáez y Freidenberg, Flavia (editores), *Partidos políticos de América Latina. Países Andinos*, Ediciones Universidad de Salamanca, España. 2001. pp. 419-423.

¹² Sentencia del Pleno jurisdiccional del Tribunal Constitucional, del 19 de septiembre de 2006. Fundamento de voto del Magistrado Alva Orlandini. Demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo 37 de la Ley de Partidos Políticos. Expediente 0003-2006-PI/TC.

¹³ Asamblea Constituyente del Perú, Diario de debates, 33 sesión del 2 de mayo de 1979, Biblioteca del Congreso peruano.

¹⁴ “*Oggi, l’economia di mercato e la economia pianificata, spogliate di ogni connotato ideologico, saranno considerate solo come possibili forme organizzative, la cui funzionalità sarà valutata allo stato attuale dell’economia e della società. (...) Oggi é in aumento il numero di coloro che ritengono possibile e fruttuosa una combinazione dei due sistema, e che condannano come ottuso attaccamento ai principi applicare rigorosamente uno solo di essi.*”, Raiser, Ludwig, *Il compito del diritto privato*, cit., p. 47.

La representación del Partido Popular Cristiano – PPC – propuso cuatro (4) instituciones básicas para implementar el régimen económico, en función de las premisas definidas por la Constitución política en cuanto a la justicia social y el desarrollo integral del país. En síntesis, estas instituciones fueron¹⁵: El pluralismo económico como diversidad de formas de propiedad y de empresas, e igualdad de tratamiento. La planificación democrática, en cuanto gerencia del bien común de los ciudadanos, por parte del Estado. La iniciativa privada libre dentro del marco de una economía social de mercado. El papel promotor del estado en materia de desarrollo, en su doble sentido político y económico. Sobre estas cuatro instituciones giró todo el debate y aprobación de la Constitución económica "*Wirtschaftsverfassung*" – “*por constitución económica entendemos la decisión total sobre el orden de la vida económica de una comunidad*” –¹⁶.

Por su parte, los representantes del Partido Socialista Revolucionario acentuaban el rol del estado en el esquema del pluralismo económico, en cuanto agente con responsabilidad y capacidad para promover el desarrollo; para ellos – Partido Socialista Revolucionario – la planificación concertada sólo debía alcanzar a determinados sectores de la economía, y la pequeña empresa quedaba en plena libertad de acción dentro del esquema de la economía clásica.

Otras fuerzas integrantes del espacio ideológico de las izquierdas ¹⁷, al interno de la Asamblea constituyente, considerables pero divididas – obtuvieron entre todas el 30% de los votos válidos en las elecciones para formar la Asamblea constituyente, pero no formaron alianzas y presentaron hasta seis listas independientes de candidatos –, consideraban que la planificación debía ser obligatoria para todos los sectores, y que el Estado debía jugar un rol fundamental en la dirección y en la ejecución de la economía nacional. Estas fuerzas de izquierda – considerables pero divididas – fueron marginadas durante el desarrollo del proceso constituyente peruano, y luego durante la ‘carrera presidencial’, por un expreso acuerdo partidista de alguna forma gestionado por el gobierno castrense y las Fuerzas Armadas en el poder, entre los partidos políticos Aprista Peruano, Popular Cristiano y Acción Nacional. Por otra parte, los socialcristianos en una ‘visión autoritaria’ de la consecución del bien común, consideraban que el plan debía ser ‘obligatorio y compulsivo’ en todo lo esencial, e ‘indicativo

¹⁵Acosta Iparraguirre, Vicente, *La constitución económica en el Perú y en el derecho comparado*, Tesis de opción de doctor en Derecho, Universidad nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia política, Escuela de postgrado, Lima, 2003. p. 219.

¹⁶Eucken, Walter, *Cuestiones fundamentales de la Economía*, Revista de occidente, Madrid, 1947. p.78.

¹⁷García Montero, Mercedes, Freidenberg, Flavia, *Perú*, cit., p. 410.

y concertado' en todo lo accesorio o secundario. En cuanto a la posición del APRA, este consideraba que el pluralismo económico – en cuanto diversidad de formas de propiedad y de empresas – era una condición necesaria para la salida del subdesarrollo; y en cuanto a la planificación, esta debía ser indicativa y concertada, como expresión de un Estado democrático y de derecho¹⁸.

En todo caso – y siempre como expresión del resultado Constituyente que nace del equilibrio político de las fuerzas divergentes, que cooperan para hacer cristalizar en un instante el devenir social –, la formulación de la economía social de mercado al interno de la Constitución política peruana del año 1979, encontró fuertes detractores, y otros tantos protectores. Como muestra dos opiniones contrarias entre sí, expuestas a la sazón del análisis:

RUBIO Y BERNALES consideró que la fórmula de economía social de mercado, recogida constitucionalmente en el artículo 115, beneficiaría centralmente al capital extranjero e impediría el control del Estado y la promoción de un verdadero desarrollo en base de los propios recursos nacionales. Consideró además que al adoptar tal Constitución económica se empobrecía cada vez más al país como conjunto, frente a los países desarrollados, y que en el contexto peruano por las limitaciones financieras que el mismo modelo imponía, se tipificaba más una economía de mercado que una economía social de mercado¹⁹.

Por su parte, José PAREJA PAZ – SOLDÁN consideraba que al acoger constitucionalmente la fórmula de la economía social de mercado se alcanzaba una vía intermedia entre el tradicional capitalismo liberal *manchesteriano* y el modelo del socialismo, de modo que se instauraba un *neocapitalismo progresista y social*, como el de la República Federal de Alemania. Y que por demás, gracias a dicho tipo de Constitución económica, ese país había logrado alcanzar un notable desarrollo económico, y con ello el bienestar general²⁰.

Coincidentemente con la apertura del proceso constituyente peruano, se produjo en la primera mitad del año 1978, la visita de una misión del Fondo Monetario Internacional (FMI) que se entrevistó con altos funcionarios del gobierno para implementar un plan de estabilidad económica en la balanza de

¹⁸ Acosta Iparraguirre, Vicente, *La constitución económica en el Perú y en el derecho comparado*, cit., p. 232.

¹⁹ Rubio, Marcial y Bernal, Enrique, *Constitución y Sociedad política*, Mesa redonda Editores, Segunda edición, Lima, 1983, p. 432, en Acosta Iparraguirre, Vicente, *La constitución económica en el Perú y en el derecho comparado*, Tesis de opción de doctor en Derecho, Universidad nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia política, Escuela de postgrado, Lima, 2003. p. 219.

²⁰ Pareja Paz-Soldán, José, *La nueva realidad constitucional de Perú*, en, *Acción para el desarrollo*, Año III, No. 13, 1980.

pagos y la restructuración de la deuda externa peruana. Además, se realizaron declaraciones oficiales invitando a la inversión extranjera en el país como vía de resolución de la inestabilidad económica. Esta visita coincidió igualmente con los cambios en la composición del gabinete ministerial. Se incorporaron dos ministros civiles en las carteras de Economía y de Industria, Turismo, Comercio e Integración, y continuaron promulgándose leyes de carácter reformista y neoliberal²¹.

En esencia, el resultado final del combate político quedó plasmado jurídicamente en la Constitución política aprobada, cuyo régimen económico, aún y a pesar de su enunciación formal, no quedó dominado por la expresión de la economía social de mercado, por cuanto debía coexistir con otras instituciones, o bien más sociales, o más propias de economías mixtas y/o con proyecciones más intervencionistas. A saber²²:

Pluralismo económico – Artículo 112 –. Moderada intervención estatal en la actividad económica – Artículos 113; 114 –. Rechazo moderado al monopolio y al oligopolio – Artículos 127; 133; 134 y 153–. Economía privada con limitaciones – Artículos 124 y 125 –. Adhesión a la integración latinoamericana – Artículo 100 –.

En todo caso, de la lectura de los artículos 113 y 114 no se puede inferir que el régimen económico postulado por la Constitución política, del año 1979, sometiera al Estado peruano al cumplimiento del principio económico de la subsidiariedad, como cuestión básica y fundamental de los presupuestos teóricos ordoliberales de la economía social de mercado.

²¹ Los decretos legislativos 22264 y 22265, del 12 de agosto de 1978, del gobierno del General de División (retirado), Francisco Morales Bermúdez Cerruti, dispusieron el despido de un grueso porcentaje de trabajadores para racionalizar el gasto público. Ante la presión popular el gobierno dispuso su suspensión indefinida de su ejecución – que no su derogación –.

²²“Artículo 110.El régimen económico de la República se fundamenta en principios de justicia social orientados a la dignificación del trabajo como fuente principal de riqueza y como medio de realización de la persona humana. El Estado promueve el desarrollo económico y social mediante el incremento de la producción y de la productividad, la racional utilización de los recursos, el pleno empleo y la distribución equitativa del ingreso. Con igual finalidad, fomenta los diversos sectores de la producción y defiende el interés de los consumidores.

Artículo 111. El Estado formula la política económica y social mediante planes de desarrollo que regulan la actividad de los demás sectores. La planificación una vez concertada es de cumplimiento obligatorio.

Artículo 113.El Estado ejerce su actividad empresarial con el fin de promover la economía del país, prestar servicios públicos y alcanzar los objetivos de desarrollo.

Artículo 114.Por causa de interés social o seguridad nacional, la ley puede reservar para el Estado actividades productivas o de servicios.” Constitución para la República del Perú, 12 de julio de 1979.

Para concluir este punto, y avanzar hacia la formulación de la constitución política del año 1993, se cita la opinión de Enrique GHERSI sobre lo ‘equivocado’ de la formulación de la economía social de mercado en la Constitución política peruana del año 1979:

“(…) la formulación de la economía social de mercado fue el resultado de la exitosa negociación política del Partido Popular Cristiano. En nuestro país, la Constitución de 1979 consagró aunque equivocadamente la Economía social de mercado – ESM – (...). Esta declaración no significa que la ESM tenga vigencia en nuestro país, ni mucho menos que sea compatible con otras instituciones recogidas en nuestro texto constitucional, como la planificación concertada. Antes bien, forma parte de un cuerpo normativo de dudosa vigencia social (...).”²³.

La economía social de mercado propuesta por el Partido Popular Cristiano, y asumida por los miembros del Congreso constituyente sin mucha claridad en sus orígenes y consecuencias, sigue siendo actualmente prioritaria para el Partido Popular Cristiano peruano, por ello su vigente Estatuto partidista establece en su artículo 9, referente a los derechos de los afiliados, en el numeral 4, lo siguiente: *“Recibir permanente capacitación sobre la Doctrina Social Cristiana, la economía social de mercado y demás principios, programas y actividades que el Partido desarrolle”²⁴.*

En todo caso, es de reseñar que la expresión ‘economía social de mercado’ como denominación al interno de la emergente Constitución política peruana del año 1979, vio la luz como fórmula constitucional en un contexto social de ‘transacción política’ y de reflejo de una convergencia entre la ideología social demócrata y la ideología demócrata cristiana ²⁵, marcado por un entorno político peruano de transición y de profundos matices castrenses y autoritarios, dirigido ‘ejecutivamente’ por un autodenominado Gobierno revolucionario de las Fuerzas Armadas ²⁶.

De manera similar y paralela a lo sucedido en la transición política de la Alemania occidental ocupada de 1948/1949, en la cual primero nació la Ley Fundamental y luego la asunción del gobierno

²³ Gherisi, Enrique, *La Economía de Mercado*, Editorial Expreso, Lima, 1989.

²⁴ Texto Único ordenado del Estatuto del Partido Popular Cristiano. Disponible en, http://portal.jne.gob.pe/ROP/Documentos%20de%20Estatutos/ESTATUTO%20PPC%20_2009.05.27.pdf.

²⁵ Palomino Manchego, José F., *Problemas escogidos de la Constitución peruana de 1993*, Serie Ensayos Jurídicos, No. 16, Universidad Nacional Autónoma de México. 2003. p. 280.

²⁶ Ver Decreto Ley No. 22414, del 5 de enero de 1979. Ver Decreto Ley No. 22437, del 23 de enero de 1979. Ver Decreto Ley No. 22510, del 24 de abril de 1979. Ver Decreto Ley No. 22510, del 12 de febrero de 1980.

parlamentario demócrata-cristiano, en el Perú militarizado y transicional de 1979/1980 ²⁷ primero nació la constitución ordoliberal y luego accedió al poder un gobierno democráticamente electo, en alianza con el Partido Popular Cristiano. Se manifestó una vez más la legitimidad instrumental que viene adquiriendo la economía social de mercado como fórmula de pacificación de *tercera vía* en las transiciones políticas y en la superación de las crisis singulares; a saber: La Alemania ocupada occidental de 1948/1949; la unificación alemana *post* comunista, de 1991; El Chile golpista de Pinochet, de 1975; El Perú militarizado de Francisco Morales Bermúdez Cerruti, de 1979/1980; El Perú autoritario de Fujimori, de 1992/1993; El Ecuador de transición del presidente interino Fabián Alarcón Rivera, de 1997/1998; y las transiciones en Rusia y los países ex socialistas de Europa del este, de 1989/1992. E incluso, desde la sede en México de la Konrad Adenauer *Stiftung*, se promociona la economía social de mercado como fórmula de transición para el futuro de una Cuba post comunista.

²⁷ Decreto Ley No. 22622, del Gobierno revolucionario, por el cual se convocan Elecciones Generales para el 18 de mayo de 1980.

1.2 LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA PERUANA DEL AÑO 1993.

La aprobación de la decimosegunda Constitución política peruana y republicana, del año 1993, se produjo en un contexto político, nacional e internacional, con peculiaridades propias y diferentes a aquel que conoció la constitución política del año 1979. En el plano internacional se había producido la debacle de los países socialistas de Europa del Este y las consecuencias que ello acarreó para América Latina, como por ejemplo, la aplicación de las consabidas tesis del Consenso de Washington como resultado de la segunda ola de neoliberalismo en el espacio latinoamericano. En el Perú la aplicación de las tesis neoliberales se acentuó a partir del año 1986, lo que provocó una fuerte caída del gasto público, superior al 50% principalmente en los sectores de educación y salud. Los que más sufrieron los ‘recortes sociales’ siguieron siendo los rostros más inocentes²⁸.

En el plano nacional peruano de inicios de los años 90 del pasado siglo, se evidenció una crisis parlamentaria provocada por el inmovilismo legislativo del Congreso bicameral, como consecuencia de la ausencia de sólidas mayorías parlamentarias y la inexistencia de la necesaria responsabilidad de consenso político²⁹, además de un rechazo ciudadano – impotente y desesperado – frente a la clase política y frente a los tradicionales partidos políticos, “*caracterizados por una estructura vertical y un reclutamiento segmentado y corporativo, características que tienden a reproducir el funcionamiento señorial y jerárquico del orden oligárquico*”³⁰, y empeñados en la prolongación del orden tradicional existente.

En estas condiciones de combinación de factores de crisis del sistema de partidos políticos peruanos, de falta de representación de los intereses sociales en la esfera política, de la existencia de un patrón de desarrollo desigual y polarizado entre las clases sociales sumidas en una profunda crisis económica estructural, y de una generalizada insurgencia militar que amenazaba con el derrumbe del Estado

²⁸ “La imposición de tarifas y honorarios, sobre todo en salud, restringió el acceso de los pobres a la mayoría de los servicios. Paxson y Schady (2005) encontraron un incremento de alrededor de 2,5 puntos porcentuales en la tasa de mortalidad infantil de los niños nacidos durante la crisis de finales de la década de 1980, lo que implica que murieron alrededor de 17 mil niños más de los que hubieran muerto si la crisis no hubiese existido. El estudio citado muestra que el incremento de la mortalidad fue causado sobre todo por la reducción en el gasto público en salud, y no por la contracción del ingreso de los hogares.”, Cotlear, Daniel (editor), *Un nuevo contrato social para el Perú ¿Cómo lograr un país más educado, saludable y solidario?*, Banco Mundial, Oficina de Lima, Perú. 2006. p. 50.

²⁹ Kenney, Charles, *Por qué el autogolpe? Fujimori y el Congreso*, Kellogg Institute for International Studies, University of Notre Dame, en, Tuesta Soldevilla, Fernando, *Los enigmas del poder. Fujimori 1990 – 1996*. Fundación Friedrich Ebert, Lima, Perú. 1996. pp. 75 – 104.

³⁰ García Montero, Mercedes, Freidenberg, Flavia, *Perú*, cit., pp. 409 – 410.

peruano³¹, es que se produce en las elecciones del año 1990, el ascenso al poder del carismático y populista Alberto Fujimori Fujimori, a través del movimiento político Nueva Mayoría Cambio 90. Movimiento usualmente caracterizado como ‘no democrático’ porque abogaba por la inutilidad de la representación democrática y defendía la democracia directa y plebiscitaria, en el sentido bonapartista y personalista del término³².

Se debe advertir que, a pesar de que es comúnmente aceptada la fuerte impronta presidencialista de la Constitución política del año 1979³³ – y por regla general que esta es la forma de gobierno más generalizada en América Latina –, y del esfuerzo de esta Carta política por balancear los poderes institucionales, de un lado el poder del Congreso para censurar a los ministros del gobierno, y por otro el poder del órgano Ejecutivo de disolución de la Cámara de los Diputados – artículo 227 de la Constitución Política –, en realidad, en ausencia de una mayoría en ambas Cámaras del Congreso, el presidente del Ejecutivo sólo podía decretar medidas extraordinarias en materias económicas y financieras, declarar y prorrogar el estado de emergencia, y declarar – pero no prorrogar – el estado de sitio.

El presidente Alberto Fujimori Fujimori criticó, a finales del año 1990, el ineficaz trabajo de un ‘parlamento improductivo’ lo que agudizó el conflicto, la polarización y la fragmentación de los poderes institucionales³⁴. La Ley General de Presupuesto para el año 1991, fue parcialmente promulgada cuando Fujimori estableció observaciones sobre 15 artículos de la norma económica enviada por el Congreso, creando así una crisis constitucional sin precedentes. Al no promulgar íntegramente la Ley, el conflicto entre el Presidente y el Congreso creó un vacío legal no previsto por la Constitución de 1979 – el Presidente hizo uso ‘excepcional’ del artículo 211, numeral 20, contra el

³¹ En el año 1990 el Perú se encontraba aislado de la comunidad financiera internacional, el Producto Interno Bruto había caído un 20%, la tasa de inflación había ascendido superando el 2700%, las pérdidas económicas provocadas por la insurgencia equivalían el monto del valor de la deuda externa peruana, el 45% del territorio nacional se encontraba declarado zona de emergencia militar y desde el año 1980 habían perecido más de 17000 peruanos como resultado de las acciones militares y los asesinatos realizados por parte del grupo Sendero Luminoso, el Movimiento Túpac Amaru y las fuerzas militares del gobierno. Ver, Kenney, Charles, *Por qué el autogolpe? Fujimori y el Congreso*, cit., p. 80.

³² Lauer, Mirko, *Los partidos políticos peruanos: ¿Víctimas de crisis o de golpe?*, En Manz, Thomas y Zuazo, Mora, *Partidos políticos y representación en América Latina*, Caracas, Venezuela. Nueva Sociedad. 1998. p. 175.

³³ El régimen constitucional peruano es clasificado, por Shugart y Carey, como *president-parliamentary*. Ver, Shugart, M. y J. Carey, *Presidents and Assemblies: Constitutional Design and electoral Dynamics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992.

³⁴ Kenney, Charles, *Por qué el autogolpe? Fujimori y el Congreso*, cit., p. 77.

cual el Congreso no tenía recurso constitucional para revertirlo –, paralizando las actividades del sector público. Para salir del *impasse*, el Congreso auto convocó una legislatura extraordinaria para el mes de enero del año 1991, promulgando la Ley General de Presupuesto que fue definitivamente ‘mutilada’ por el Presidente de la República – Fujimori suspendió tres artículos de la norma jurídica –. El Presidente había encontrado una vía en la Constitución política del año 1979, para imponer su voluntad por encima del Congreso. La relación del Ejecutivo con el Legislativo estaba suficientemente polarizada, y la fragmentada oposición legislativa había madurado, suficientemente, para conformar una transitoria unidad entre las distintas fuerzas políticas representadas.

El cambio de orientación económica constitucional peruana no se produjo de una manera violenta, desde el punto de vista normativo – sin entrar en las consideraciones sociales y políticas del precario contexto nacional peruano del momento –, por cuanto luego de la asunción *fujimorista* de 1990, y a la sombra de la ordoliberal Constitución política del año 1979, se fueron promulgando - en virtud del numeral 20 del artículo 211 de la Constitución política ³⁵–, un conjunto de disposiciones normativas en formas de decretos leyes ejecutivos con fuerza de ley, de marcado carácter ‘golpista, neoliberal de estilo estadounidense y neoconservador’, que fueron horadando – desde el interior de un ordenamiento jurídico formalmente ordoliberal – ³⁶, los principios *ius* económicos establecidos, y que al final se precipitaron en la constitución ordoliberal más neoliberalista del año 1993 – considérese siempre como se ha desarrollado en la Segunda parte de la tesis, que en *strictu sensu*, entre el neoliberalismo y el ordoliberalismo como corrientes de gestión social, sólo existe una cuestión de diferencia de grados –.

Desde el propio año 1990 comenzó a aplicarse un duro ajuste económico estructural – desde el 20 de junio de 1990 se anunció que Perú había arribado a un acuerdo con el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial –, sin que fueren activados previamente programas sociales de emergencia para los sectores económicos menos favorecidos. El Programa de Compensación Social, impulsado desde el gobierno Fujimori, fue ampliamente cuestionado por evidencias de sectarismo político y la ayuda

³⁵ Artículo 211, numeral 20.- “Administrar la hacienda pública, negociar los empréstitos, y dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera, cuando así lo requiera el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso.”, Constitución para la República del Perú, 12 de julio de 1979.

³⁶ El Congreso en virtud de la Ley No. 25327, otorgó facultades legislativas al poder Ejecutivo por un plazo de 150 días. En el lapso del mes de junio al mes de noviembre, del año 1991, se promulgaron 117 decretos legislativos, de ellos 83 entre el 3 y el 15 de noviembre de 1991, fecha en que expiraba la autorización. Ver, Kenney, Charles, *Por qué el autogolpe?* Fujimori y el Congreso, cit., p. 87.

alimentaria del Programa de Emergencia Social (PES) no llegaba a los sectores más necesitados de la población.

Las principales disposiciones normativas neoliberales, que se promulgaron al interior de la constitución económica formalmente ordoliberal del año 1979, en su gran mayoría a partir de la delegación de facultades legislativas otorgadas por el Congreso durante 150 días al gobierno *fujimorista*, fueron:

- El Decreto Supremo 76-90-TR, del 19 de diciembre de 1990, restringiendo el derecho de huelga. Reglamentó el derecho sindical desde una óptica sumamente restrictiva, regulando exhaustivamente los ámbitos de la constitución, fines, requisitos, y sin referirse prácticamente sobre los temas de protección, garantías y las facilidades para el ejercicio de la actividad sindical³⁷. A la par, entre los años 1991 y 2000 se desarrolló un masivo proceso de promoción de la inversión privada en las empresas del Estado, lo cual provocó irregulares procedimientos de ceses colectivos de miles de trabajadores peruanos. Según el informe redactado por la Comisión especial encargada de la investigación, el total de ceses voluntarios con incentivos, ceses efectuados ante Autoridad Administrativa de Trabajo, y otros tipos de modalidades de ceses, fue de 41.519 trabajadores³⁸.
- La abrogación de la Ley de Estatización de la banca y declaración del interés social de las empresas bancarias, financieras y de seguro, de 1987; del 25 de diciembre de 1990. El diseño de una nueva Ley de Bancos, que modernizara y ‘liberalizara’ el sistema financiero y bancario peruano. La promulgación de la nueva Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros (Decreto Legislativo 637), en abril de 1991.
- Se decretó el fin del monopolio de las empresas estatales, la liberalización del comercio con la moneda extranjera y la *reforma* de la reforma agraria – fin de la reforma agraria –. Se inició el proceso de privatización de empresas públicas. En agosto de 1991 – mediante

³⁷ Ríos Villavicencio, Alfredo, *La libertad sindical en el Perú: Fundamentos, alcances y regulación*, PLADES, Lima, Perú. 2010. p. 44.

³⁸ Esta cuestión fue objeto de análisis por parte del Tribunal Constitucional peruano, en el año 2006, a raíz de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra algunas de las disposiciones de las Leyes 27487, 27586, 27803 y 28299. Ver Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 0010-2005-PI/TC, del 29 de agosto de 2006. En particular el voto singular del magistrado Gonzales Ojeda.

decreto legislativo 655 –, el gobierno eliminó todo monopolio o exclusividad por parte de PETROPERU y sus filiales respecto a la comercialización de hidrocarburos.

- Ley contra abusos de posición de dominio y las prácticas restrictivas de la libre competencia. Decreto Legislativo No. 701, dado a los cinco días del mes de Noviembre de mil novecientos noventa y uno.
- Ley sobre publicidad comercial. Decreto Legislativo No. 691, dado a los cinco días del mes de Noviembre de mil novecientos noventa y uno.
- Ley de represión de competencia desleal. No. 26122, dado a los veintinueve días del mes de Diciembre de mil novecientos noventa y dos.
- Ley de Protección del consumidor. Decreto Legislativo No. 716. Textos Únicos Ordenados de las Leyes de Protección al Consumidor, de Represión de la Competencia Desleal y de Normas de Publicidad en Defensa del Consumidor;

Las medidas anteriormente reseñadas como parte del programa económico neoliberal del gobierno peruano, contaron todo el tiempo con la supervisión y aprobación del Fondo Monetario Internacional – presidido por Michel Camdessus, como director gerente del FMI – y del gobierno de los Estados Unidos de América – presidido por George Herbert Walker Bush –, como parte de los esfuerzos del Ejecutivo peruano por insertarse en el mecanismo financiero internacional – luego de la progresiva separación producida como resultado de la demagógica decisión del presidente aprista Alán García de no pagar la deuda externa –. Posteriormente y ya al interno del contexto golpista, el Decreto Ley 25418 – Ley de Bases del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, publicado el 7 de abril de 1992 – ejecutivamente establecía en el artículo 2, numeral 7, como una de las metas esenciales *fujimoristas* el “*Promover la economía de mercado dentro de un marco jurídico que dé seguridad y fomente la eficiencia y competitividad de los agentes económicos*”, en aras de incentivar la inversión nacional y extranjera ³⁹.

Retomando la dinámica del juego de las reglas democráticas y el agudo enfrentamiento ‘patológico a la segunda potencia’ ⁴⁰ entre los poderes institucionales peruanos a finales del año 1991 ⁴¹, se llegó al

³⁹ Manifiesto a la Nación. Discurso de Alberto Fujimori Fujimori, el 5 de abril de 1992.

⁴⁰ Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional peruano. Exp. 0030-2005-PI/TC, del 2 de febrero de 2006 – Ley que establece la barrera electoral -. Punto número 14, segundo párrafo.

punto en el cual el régimen presidencial democráticamente electo realizó una ‘mutación’ total ⁴²– régimen presidencial y democrático que había iniciado su labor el 28 de julio de 1990, luego de una arrolladora victoria electoral en segunda vuelta con el 62% de los votos, frente al aspirante y conocido escritor e intelectual conservador Mario Vargas Llosa –, y luego de 20 meses de gestión gubernamental, asumió una ‘decisión racional’ ⁴³, según las ‘nuevas’ reglas que alteraban y transgredían el juego constitucional peruano establecido desde el año 1979, y el marco político institucional vigente ⁴⁴. El gobierno de Fujimori adoptó una “*actitud de excepción*” ⁴⁵, asumiendo la mera imposibilidad de gobernar el país al borde del abismo durante los próximos 5 años y protagonizando, el 5 de abril de 1992, un autogolpe de estado por parte del gobierno de Alberto Fujimori Fujimori, quien con el apoyo institucional y fáctico de las Fuerzas Armadas, y la anuencia *post* de la Organización de Estados Americanos – OEA –, disolvió violenta e inconstitucionalmente el Congreso de la República, interviniendo el Poder judicial ⁴⁶ y dando paso a un gobierno autoritario, de

⁴¹ Se repitió la situación del año anterior, pero a un nivel de escala superior en el conflicto. La Ley General de Presupuesto para el año 1992 fue devuelta por el Presidente, con observaciones sobre 41 artículos, una hora antes de que venciera el plazo establecido para hacerlo. El Congreso en reunión extraordinaria de enero de 1992 aprobó íntegramente la norma, desechando las observaciones presidenciales y aprobando otras dos normas jurídicas, que a su vez fueron suspendidas por el Presidente, en uso del artículo 221, numeral 20. Ver, Kenney, Charles, *Por qué el autogolpe? Fujimori y el Congreso*, cit., p. 88.

⁴² “*Convendría quizás que haya un emperador (...) que pase por lo menos diez años resolviendo problemas.*”, Discurso de clausura de la Convención Anual de Ejecutivos – CADE -. 1 de diciembre de 1991. Ver en, Kenney, Charles, *Por qué el autogolpe? Fujimori y el Congreso*, cit., p. 88.

⁴³ Kenney, Charles, *Por qué el autogolpe? Fujimori y el Congreso*, cit., pp. 88 y 95.

⁴⁴ En virtud del artículo 11 de la Ley No. 25397 – Ley de control parlamentario de los actos normativos del Presidente de la República – del 31 de enero de 1992, se estableció que una mayoría simple de los congresistas podía dejar sin efecto toda medida extraordinaria que el Presidente promulgara bajo el artículo 211, numeral 20 de la Constitución política de 1979. E incluso, la Ley No. 25397 estableció la posibilidad de dejar sin efectos y revocar los convenios internacionales celebrados por el Presidente en virtud del artículo 104 de la Constitución política vigente. De modo que el equilibrio y el balance entre los poderes quedaba a favor del Legislativo, y el Presidente quedaba supeditado al Congreso. El Presidente de la República no insistió más sobre esta cuestión. Era una clara señal de la decisión. Ver, Kenney, Charles, *Por qué el autogolpe? Fujimori y el Congreso*, cit., p. 90.

⁴⁵ Manifiesto a la Nación. Discurso de Alberto Fujimori Fujimori, el 5 de abril de 1992. Disponible en, <http://www.congreso.gob.pe/museo/mensajes/Mensaje-1992-1.pdf>

⁴⁶ “*La corrupción y la infiltración política han llegado a tal grado que ésta se da en todos los niveles e instancias del Poder Judicial. En el Perú la justicia siempre ha sido una mercancía que se compra o se vende al mejor postor. No negamos que existen jueces y fiscales honestos y probos. A ellos debemos rescatarlos, destituyendo de una vez por todas a los corruptos.*”, Discurso de Alberto Fujimori Fujimori, el 5 de abril de 1992. p. 3

‘emergencia y reconstrucción’, centrado en las transformaciones económicas y en la lucha antiterrorista centrada en la Estrategia de Pacificación⁴⁷.

Se iniciaba de este modo un período emergente de dictadura civil – militar soportada básicamente por el Servicio de Inteligencia Militar, por una élite de las Fuerzas Armadas, por una nueva y sofisticada tecnocracia política y por un grupo cerrado de familiares y parientes; a lo cual habría que agregarle el simulacro del uso de todas y cada una de las instituciones propias del orden liberal⁴⁸.

La suspensión ‘temporal y parcial’ de la normalidad legal y de la constitución del año 1979 – según el artículo 8, de la Ley de Bases del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional –, la ‘dualidad presidencial’, el *impasse* político democrático y los demás actos jurídicos normativos, ilegales e inconstitucionales de origen, quedaban ‘validados y convalidados’ posteriormente con el llamado a un nuevo Congreso constituyente⁴⁹, y con la realización de un *referéndum plebiscitario*⁵⁰ popular de aprobación de la nueva Constitución política.

El gobierno de Alberto Fujimori, en aquel entonces, contaba con un incuestionable apoyo popular, de modo que quebrada la institucionalidad jurídica – política pre existente, buscó su re–legitimación a través de la consabida fórmula del constitucionalismo histórico latinoamericano de resanar el daño a partir de la ficción jurídica que implicaba una nueva Carta política. Particularmente en Latinoamérica el constitucionalismo viene de la mano de una visión taumatúrgica de la ‘carta política’, como resultado de las periódicas y singulares crisis políticas y de sus intermitentes escenas cesaristas de

⁴⁷ Decreto Ley 25418. Ley de Bases del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, del 6 de abril de 1992. Publicado el 7 de abril de 1992.

⁴⁸ García Montero, Mercedes, Freidenberg Flavia, *Perú*, cit., p. 469.

⁴⁹ “Artículo 1.- Declárase la vigencia de la Constitución Política del Perú de 1979, dejando a salvo los Decretos Leyes a que se refiere el Artículo 2 de esta Ley Constitucional y demás disposiciones contenidas en el Reglamento que apruebe el Congreso Constituyente Democrático.

Artículo 2.- Los Decretos Leyes expedidos por el Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional a partir del 5 de abril de 1992 hasta el 30 de diciembre del mismo año, mantienen plena vigencia en tanto no sean revisados, modificados o derogados por el Congreso Constituyente Democrático.

Artículo 3.- El Presidente de la República elegido en 1990 en actual ejercicio es el Jefe Constitucional del Estado y personifica a la Nación. “, Ley constitucional de 1993 sobre la vigencia de la Constitución de 1979, del 9 de enero de 1993.

⁵⁰ Palomino Manchego, José F., *Problemas escogidos de la Constitución peruana de 1993*, cit., p. 280.

caudillos militares autóctonos, espoleados por el capital extranjero y por las élites nacionales⁵¹. Fenómeno que al ser caracterizado por PALOMINO MANCHEGO lo define como “*enmascaramiento constitucional*” orientado a perpetuar al gobernante de turno⁵². Los ejemplos latinoamericanos son harto frecuentes⁵³, y en el período de 1920 – 1980 el Perú no conoció de dos gobiernos electos democráticamente que se sucediesen en el tiempo⁵⁴.

La ‘nueva’ Constitución política peruana se aprobó el 31 de octubre de 1993 a través de *referéndum popular*, con un 52% de aprobación de los votos válidos. Fue promulgada definitivamente – y sin reformas – el 29 de diciembre de 1993.

La nueva constitución del año 1993 consagró formalmente en su artículo 58 – con idéntica sistemática que la constitución del año 1979 al incluir los Principios Generales del Régimen Económico – la fórmula de la economía social de mercado, del siguiente modo: “*Artículo 58º – La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.*”

Por su parte, la orientación del país hacia un modelo económico regido por la ortodoxia de un modelo neoliberal rígido, vino de la mano de la redacción del segundo párrafo del artículo 60 de la Constitución política, que consagró el principio de la subsidiariedad del Estado en la actividad económica: “*Artículo 60–El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa. Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.*”

⁵¹ “*La accidentada historia constitucional del Perú es fruto de la desorbitada ambición de los militares que usaron la fuerza para usurpar el poder político, con la colaboración de civiles ávidos de riqueza mal habida. La demanda material de este proceso de inconstitucionalidad es, por tanto, ocasión propicia para enumerar sintéticamente los cambios que requiere la Ley Fundamental del Estado. (...) Caracteriza, pues, a nuestra historia política republicana la alternancia entre los golpes de Estado y los fraudes electorales. Las elecciones limpias son excepción.*”; Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional peruano. Exp. 0030-2005-PI/TC, del 2 de febrero de 2006. Fundamento de voto particular del magistrado Alva Orlandini – Ley que establece la barrera electoral -.

⁵² Palomino Manchego, José F., *Problemas escogidos de la Constitución peruana de 1993*, cit., p. 288.

⁵³ Entre los años 1930 y 1975 se han contabilizado, sólo en la ‘América española’, no menos de 94 golpes de Estado. Ver la obra de la autora Diurni, Amalia, *Percorsi mondiali di diritto privato e comparato*, Giuffrè editore, Milano. 2008. p. 87.

⁵⁴ García Montero Mercedes, Freidenberg Flavia, *Perú*, cit., p. 418.

De este modo, según el ‘nuevo’ orden público económico peruano, sólo autorizado por ley expresa el Estado ordoliberal puede realizar subsidiariamente una actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. La consagración constitucional del principio de subsidiariedad ‘horizontal’⁵⁵ como principio plurisignificativo y regla de delimitación entre lo público y lo privado, es consustancial con la consideración de un estado con funciones mínimas en la esfera de la economía y robusto en cuanto a su capacidad para intervenir sobre la esfera de la sociedad civil – ‘Estado económicamente mínimo en cuanto a su carácter interventor en la esfera económica, y robusto en cuanto integrador y regulador de la estructura social’⁵⁶ – como forma de refundación autoritaria del capitalismo⁵⁷. Téngase en cuenta, en sede de circulación de modelos jurídicos, que el principio de subsidiariedad apenas se constitucionalizó en la República Federal de Alemania en el año 1992, de manera concomitante con la firma del Tratado de Maastricht de la Comunidad Económica Europea⁵⁸. Vale la pena reseñar que la recepción que hace la Constitución peruana del principio ‘occidental’ de la subsidiariedad ‘horizontal’ – en tanto que se conforma como un principio abstencionista del estado en la esfera económica, y por tanto discriminatorio en cuanto a la propiedad pública al interno de la retórica del pluralismo económico – no tiene equivalentes, por sus excesos, en la Ley Fundamental de Bonn. Difícilmente pudiera establecerse la consideración de un Estado europeo subsidiario en la esfera económica, si tuviese las tasas de pobres y extremadamente pobres con que cuenta la población de la República de Perú.

Además, por primera vez en el constitucionalismo peruano del año 1993 se consagró explícitamente la libertad de empresa como un derecho fundamental en el marco de una economía social de mercado, lo cual unido a la disminución del rol del estado en cuanto a la formulación de la política económica y la

⁵⁵ Cervone, Lisa, *Principio di sussidiarietà e sistema delle fonti*, Tesi di dottorato di ricerca, Università di Bologna, 2005 – 2006. pp. 44 – 50.

⁵⁶ “*La historia de la humanidad demuestra que el Estado no puede agotarse en sus funciones jurisdiccionales, de policía y de defensa del territorio; asimismo, que no puede limitar su actividad sólo a garantizar la seguridad interior y exterior del país. El Estado debe ser el ente integrador del orden político y social, y el regulador de la estructura social, que asegure el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas.*”, Sentencia del Pleno jurisdiccional del Tribunal Constitucional, del 11 de noviembre de 2003. Expediente 0008-2003-AI/TC. cit. 4.1.c Supuestos fundamentales de nuestro Estado social y democrático de derecho. Supuestos políticos.

⁵⁷ Zúñiga, Francisco, *Vieja-nueva constitución*, Pensamiento Constitucional Año XII n. 12, Fondo editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. p. 408.

⁵⁸ Moscarini, Anna, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti*, CEDAM, Padova, 2003. pp. 14 e ss.

planificación, convirtió a la empresa privada en la principal responsable de la actividad económica⁵⁹. En adición, se abandonó definitivamente la cuestión de la reforma agraria⁶⁰, y la plena garantía de estabilidad laboral consagrada en el artículo 48 de la Constitución política peruana del año 1979.

En línea con el pensamiento ordoliberal y con la idea de la función *inmunitaria* que debe cumplimentar el ordenamiento jurídico ordoliberal en términos de Mario BARCELLONA⁶¹, el carácter de gendarme del Estado ordoliberal al servicio del mercado, en cuanto a ser custodio de la tendencia *autofagocitaria* del mercado y protector de su buen desempeño a partir de la implementación del principio de la libre competencia, quedó recogido en la redacción dada al artículo 61 del texto, del siguiente modo: “Artículo 61º–*El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.*” El Tribunal Constitucional peruano confirma, a través de su

⁵⁹ Kresalja, Roselló Baldo, *Perú: consideraciones constitucionales y legales sobre la competencia económica, Pensamiento Constitucional Año XII n. 12, Fondo editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.* pp. 31 – 32.

⁶⁰ “1-) Con la promulgación del Decreto Ley N° 17716, se dio inicio durante la dictadura del General Velazco Alvarado, a la denominada reforma agraria. El contexto socio político y económico que existía en el año 1968 estaba reflejado en una gran concentración de la tierra en pocas manos (los denominados terratenientes). Los cambios mundiales posteriores a la segunda guerra mundial y el socialismo como ideología hizo que en países como el nuestro las guerrillas movilizan al campesinado y exista consenso para reformar la situación existente en aras de la doctrina de la seguridad nacional y la presión internacional (Alianza para el Progreso). (...)8-) En 1976 ocurrió un proceso de desaceleración de la Reforma Agraria, siendo el caso que, con la Constitución de 1979 se inició su desmontaje. Durante la década de 1980 se dictó el Decreto Legislativo 02, Ley de Promoción y Desarrollo Agrario, de fecha 17 de noviembre de 1980, se parcelaron las Cooperativas, y surgió en nuestro país la violencia terrorista encabezada por los nefastos y genocidas movimientos de Sendero Luminoso y el MRTA, contribuyendo aún más con la salida de campesinos y el abandono de las tierras, quedando zonas liberadas, presas del narcotráfico, como se verá en los siguientes párrafos. 9-) En la década de los 90 se pone fin a la Reforma Agraria, dictándose el Decreto Legislativo 653 por el que se liberalizó la propiedad agraria, la nueva Constitución de 1993, elimina radicalmente la misma. Se dicta la Ley de Tierras en 1995, por la cual se da garantías al propietario de las mismas. Se da atención al saneamiento de las propiedades, se desactiva de manera arbitraria y absurda la justicia agraria en 1996, pese a que en nuestro país existe una gran cantidad de tierras de cultivo y personas vinculadas al campo cuyos conflictos y controversias deben ser conocidos por una magistratura especializada como lo fue la jurisdicción agraria en su momento, debiendo la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial, reincorporar la misma a nuestro sistema de justicia, tal como se señala en el art.24 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.”, Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de septiembre de 2005, a propósito de la demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por el Presidente de la República contra la Ordenanza Regional N° 031-2005-GRC/CRC, promulgada por el Presidente del Gobierno Regional del Cuzco, y las Ordenanzas Regionales N° 015-2004-CR-GRH y 027-2005-E-CR-GRH, promulgadas por la Presidenta del Gobierno Regional de Huánuco. Fundamentos del voto particular del Sr. Magistrado Juan Bautista Bardelli Lartirigoyen.

⁶¹ Barcellona, Mario, *Sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, cit., pp. 76-77.

doctrina jurisprudencial, este parecer del Estado ordoliberal en cuanto a la vocación finalista y catalizador de los procesos económicos⁶².

De modo que el ‘mercado exige estado’, pero más que un Estado social, exige un Estado gendarme de derecho: *“Porque es falso que el mercado pueda cuidarse a sí mismo. Un sistema económico abandonado a sí mismo destruiría la competencia. De ahí surge la afirmación: ‘el mercado exige Estado’. Debe este cuidar de que exista y de que se perpetúe. Si el mercado se cuidara a sí mismo, acabaría en un caos en el cual las conductas anárquicas o las que solo buscan el privilegio personal acabarían imponiéndose, lo que derogaría, implícitamente, el principio y mandato constitucional de igualdad. Y es así que la regulación en esta materia no solo debe ser promercado, sino encauzarse bajo el imperio del Estado de derecho, lejos del arbitrio y el subjetivismo, con aplicación de los principios de legalidad, responsabilidad administrativa y protección jurisdiccional de los derechos. De lo contrario, el Estado terminaría recortando o suprimiendo libertades y derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos*⁶³.”

Además, la vigorosa ofensiva neoliberal de la década de los años 90 del siglo pasado en el continente latinoamericano, quedó consagrada en el ordenamiento jurídico peruano por la supresión constitucional de un contingente de dispositivos sociales y de derechos económicos, sociales y culturales – al menos 50 artículos fueron suprimidos siguiendo el principio neoliberal de que sólo se deben precisar las normas que no tienen costo económico para el estado, y que en todo caso se aplicarían de manera progresiva según la Disposición transitoria undécima⁶⁴ – consagrados

⁶² “(...) existe también la certeza de que debe existir un Estado que, aunque subsidiario en la sustancia, mantenga su función garantizadora y heterocompositiva. Este Colegiado, en tal sentido, conviene con Pedro de Vega cuando puntualiza que “el mercado no funcionó nunca sin los correctivos y los apoyos del Estado”, y que, “ante la amenaza de conflictos sociales que el mercado no puede resolver ni soportar, y ante el riesgo permanente del caos interno, nada tiene de particular que se haga imprescindible recurrir al Estado como instrumento de regulación y control, por ser la única instancia capaz de crear las condiciones para que el sistema económico obtenga la mínima “lealtad de las masas”. (Neoliberalismo y Estado. Op. cit., pág. 34-35). (...)El reconocimiento de estas funciones estatales, que aparecen como un poder-deber, se justifica porque el Estado no es sólo una organización que interviene como garantía del ordenamiento jurídico, sino porque determina o participa en el establecimiento de las “reglas de juego”, configurando de esta manera la vocación finalista por el bien común. Por ende, el Estado actúa como regulador y catalizador de los procesos económicos. Sentencia del Pleno jurisdiccional del Tribunal Constitucional, del 11 de noviembre de 2003. Expediente 0008-2003-AI/TC. cit. 7 Estado vigilante, garantista y corrector.

⁶³ Kresalja, Roselló Baldo, *Perú: consideraciones constitucionales y legales sobre la competencia económica*, cit., p.24.

⁶⁴ “Undécima.- Las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos o mayores gastos públicos se aplican progresivamente.”, Constitución política del Perú, 30 de diciembre de 1993.

previamente en la Constitución peruana del año 1979, y en la anulación de las funciones asignadas al Estado para su realización ⁶⁵ – que continúa conservando un rol coordinador, integrador y supletorio –.

En este sentido retomamos las consideraciones vertidas en la Segunda parte de este texto, en cuanto a que el funcionamiento de los mecanismos del poder de matriz liberistas – bien neoliberales u ordoliberales – no requieren de la existencia de un Estado social, que en última instancia, siempre será residual y marginal en relación a la vena productivista y organicista del pensamiento *neo* ordoliberalista. Se ha expuesto que mínimamente la implantación del ordoliberalismo necesita de la existencia de un Estado de derecho. En este punto y en línea con la crítica vertida en la Segunda parte del texto sobre la obra de VANBERG⁶⁶, se discrepa de las consideraciones vertidas por el autor Cairo ROLDÁN – autor que colabora con la Konrad Adenauer *Stiftung* – en cuanto que establece el indisoluble binomio entre la economía social de mercado – Estado social de derecho, como condicionantes mutuos e irreductibles⁶⁷. Son harto elocuentes los casos latinoamericanos del Chile, de Pinochet; del Perú, de Fujimori; y del Ecuador, de Bucaram. Todos le contradicen.

Por las mismas razones, el autor de esta tesis hace extensiva la crítica al respetado autor peruano Baldo KRESALJA, el cual al abordar la cuestión del *derecho público de la economía* peruana, y empleando un sutil juego de palabras, identifica biunívocamente el sistema económico constitucional de la economía social de mercado con el Estado social, con lo cual identifica los términos de la ‘economía de mercado’ de un ‘Estado social’ con la constitución económica de una ‘economía social de mercado’. Y lo expone con las siguientes palabras: “*El sistema económico constitucional es el de la economía de mercado del Estado social, es decir, el de la economía social de mercado, que suele dejar un amplio margen de acción al poder público, resultado de la combinación de elementos heterogéneos procedentes de las distintas formas de concebir la economía de mercado e inspirados tanto en postulados del neocapitalismo contemporáneo como del socialismo democrático*”⁶⁸.” En este punto se ratifica lo expuesto en cuanto al mínimo requerimiento de la existencia de un Estado de derecho,

⁶⁵ “Artículo 111.-El Estado formula la política económica y social mediante planes de desarrollo que regulan la actividad de los demás sectores. La planificación una vez concertada es de cumplimiento obligatorio.”, Constitución para la República del Perú, 12 de julio de 1979.

⁶⁶ Vanberg, Viktor J., *Mercados y Regulación. El contraste entre el liberalismo de libre mercado y el liberalismo constitucional*, cit. pp. 98 - 99.

⁶⁷ Cairo Roldán, Omar, *La Economía Social de Mercado en el Perú*, Cuaderno de Trabajo No. 5 Cinseyt – Konrad Adenauer, Lima, 1995. pp. 5 y ss.

⁶⁸ Kresalja, Roselló Baldo, *Perú: consideraciones constitucionales y legales sobre la competencia económica*, cit., p.33.

presumiblemente autoritario y militarizado en el caso de Latinoamérica, para la implementación de una ‘economía social de mercado’; y en cuanto a que el Estado social es un resultado marginal y accesorio en el desarrollo y aplicación del pensamiento ordoliberal.

Por demás, en la constitución política peruana del año 1993 desapareció todo principio valorativo inspirador del régimen económico, como la justicia social tal como lo enunciaba la constitución del año 1979⁶⁹; y se suprimió cualquier referencia a la planificación económica, aun pudiendo esta ser indicativa, como sucede en la mayoría de las constituciones de los estados luego de la II Guerra Mundial⁷⁰.

No obstante, y en lo que pudiera ser una orientación decididamente ‘*adenauerista*’, marcada por la actividad de la Fundación política Konrad Adenauer, objeto de estudio de esta tesis, el artículo 1 de la Constitución política peruana del año 1993, se proyecta en términos similares a los empleados por la Ley Fundamental de Bonn ⁷¹: “*Artículo 1– La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.*”⁷², perfilándose constitucionalmente la dignidad humana como el presupuesto ontológico de todos los derechos fundamentales. Y en términos similares en el artículo 43 de la constitución, se identifica a la República del Perú como una república ‘democrática y social’⁷³, empleando términos similares de redacción a los utilizados por la

⁶⁹ “*Artículo 80.-Son deberes primordiales del Estado defender la soberanía nacional, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, promover el bienestar general basado en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado del país, y eliminar toda forma de explotación del hombre y el de hombre por el Estado.*”

Artículo 110.-El régimen económico de la República se fundamenta en principios de justicia social orientados a la dignificación del trabajo como fuente principal de riqueza y como medio de realización de la persona humana. El Estado promueve el desarrollo económico y social mediante el incremento de la producción y de la productividad, la racional utilización de los recursos, el pleno empleo y la distribución equitativa del ingreso. Con igual finalidad, fomenta los diversos sectores de la producción y defiende el interés de los consumidores.”, Constitución para la República del Perú, 12 de julio de 1979.

⁷⁰ Constitución Española: “*Art. 38: Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.*”.

⁷¹ “*Artículo 1 -Protección de la dignidad humana, vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales-. La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público.*”, Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, del 23 de mayo de 1949, Editado por el Bundestag Alemán – Administración – Sección de Relaciones Públicas, Berlín, 2009.

⁷² Constitución política del Perú, 30 de diciembre de 1993.

⁷³ “*Artículo 43°.- La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana.*”, Constitución política del Perú, 30 de diciembre de 1993.

‘constitución’ germana, la cual en su artículo 20, hace mención a “*la República Federal de Alemania es un Estado de derecho federal, social y democrático.*”.

Por demás, la constitución peruana del año 1993, acentuó la orientación privatista de la constitución del año 1979, que fue asumida – y superada – radicalmente por el gobierno *fujimorista* que la promovió, rebasando inclusive las propias previsiones constitucionales: “*Estamos ante un modelo clásicamente liberal que aunque se autodefine como de economía social de mercado, adjetivo este, el de social, que fue incorporado no sin notable debate en el seno del congreso constituyente democrático, ya que en un primer momento la mayoría del Congreso se oponía a su inclusión en la constitución, la realidad es que esa calificación no se traduce en el ámbito constitucional en unas consecuencias concretas*”⁷⁴. En la Constitución peruana del año 1993 desapareció aquel enunciado democrático, popular y social “*basada en el trabajo*” del año 1979⁷⁵, de estirpe marcadamente italiana, en el cual se reconoce a la República “*fundada en el trabajo*”⁷⁶.

Sobre la añadidura del componente ‘social’ al modelo de economía de mercado, siempre han surgido una serie de cuestionamientos, algunos autores han estimado que se está sólo ante un ‘fraude de etiquetas’ realizado por los neoliberales en su pretensión de maquillar su modelo de *laissez faire* –dejar hacer, dejar pasar–. Para otros autores, la incorporación del componente ‘social’ supone una estrategia política destinada a lograr la aceptación del modelo económico de mercado por parte de los sectores de tendencia socialista⁷⁷.

Finalmente, en los comicios generales realizados el 9 de abril del año 1995 – sobre los que siempre planeó la sospecha del fraude –, para la elección presidencial durante el período de ejercicio gubernamental 1995-2000, quedó ‘reelegido’ en primera vuelta con el 64% de los votos, el candidato ‘independiente’ y golpista Alberto Fujimori Fujimori. La reelección en el cargo presidencial pudo practicarse a partir de lo consignado en la letra *ad hoc* del artículo 112 de la Constitución política

⁷⁴ Fernández Segado, Francisco, *El nuevo ordenamiento constitucional de Perú. Aproximación a la constitución de 1993*, Lecturas sobre temas constitucionales, No. 10, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1994, p. 26.

⁷⁵ “Artículo 79.-*El Perú en una República democrática y social, independiente y soberana, basada en el trabajo. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado.*” Constitución para la República del Perú, 12 de julio de 1979.

⁷⁶ “*PRINCIPIOS FUNDAMENTALES. Artículo 1- Italia es una República democrática fundada en el trabajo. La soberanía pertenece al pueblo, que la ejercerá en las formas y dentro de los límites de la Constitución.*”, Constitución de la República italiana, 21 de diciembre de 1947.

⁷⁷ Mestäecker, Ernst, *Democracia y Economía de Mercado. Ponencias y Debates de un Simposio*, Instituto Libertad y Democracia, Lima, 1981. p. 226.

vigente, que permitía la inmediata reelección presidencial⁷⁸, cuestión prohibida en la anterior Constitución política del año 1979 en su artículo 205. Entre los derrotados de la contienda electoral peruana del año 1995 se encontraban Javier Pérez de Cuellar (22%), *ex* Secretario general de las Naciones Unidas, y Alejandro Toledo Manrique (3%), futuro presidente del país. Posteriormente, en el año 1996, la Comisión de Constitución de Congreso, en un intenso y polémico debate, aprobó el proyecto de ley interpretativo del artículo 112 de la Carta Magna que permitiría a través de una ‘interpretación auténtica’, la reelección por un tercer período del presidente Alberto Fujimori Fujimori. El Tribunal Constitucional peruano, con el voto de tres de sus siete magistrados, expidió su sentencia, fechada el 3 de enero de 1996, que declaró inaplicable al presidente Alberto Fujimori Fujimori, la Ley No. 26657 – aún y a pesar de ser rechazada, por el propio Tribunal, una demanda de inconstitucionalidad contra la ley en cuestión –, en cuanto a la posibilidad de un tercer mandato presidencial. Esta sentencia jurídica abrió paso a la decisión sobre el control difuso de la Constitución política. La cuestión no fue del todo pacífica con cuanto la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia, por cuatro votos a favor y uno en contra, en el año 1997 allanó el camino para una tercera campaña reeleccionista de Alberto Fujimori Fujimori, al declarar fundada la acción de amparo interpuesta contra la sentencia del Tribunal Constitucional, que declaró inaplicable al mandatario la Ley de Interpretación Auténtica o de reelección. El 27 de agosto de 1998, el Congreso unicameral de la República, con mayoría fujimorista, fue el escenario del tenso, y por momentos violento, debate acerca de la posibilidad de efectuar un *referéndum* popular sobre la reelección presidencial. El final estaba anunciado: 67 votos por el No, contra 45 por el Sí del referéndum. No hubo consulta popular respecto a la reelección. A lo anterior se sumó, a finales del año 1999, la formal candidatura del candidato-presidente a un tercer mandato y la habilitación otorgada por el Jurado Nacional de Elecciones, en enero del año 2000, para las próximas elecciones previstas para el 9 de abril. Alberto Fujimori Fujimori, candidato-presidente en las elecciones del año 2000, venció en

⁷⁸ “Artículo 112°.- El mandato presidencial es de cinco años. El Presidente puede ser reelegido de inmediato para un período adicional. Transcurrido otro período constitucional, como mínimo, el ex presidente puede volver a postular, sujeto a las mismas condiciones.” Constitución política del Perú, 30 de diciembre de 1993. Artículo posteriormente modificado por Ley N° 27365, publicada el 5 de noviembre de 2000. La vigente redacción es la siguiente: “Artículo 112°.- El mandato presidencial es de cinco años, no hay reelección inmediata. Transcurrido otro período constitucional, como mínimo, el ex presidente puede volver a postular, sujeto a las mismas condiciones.”, Constitución política del Perú, 30 de diciembre de 1993.

primera vuelta con el 49.84% de los votos escrutados, y en la segunda vuelta, realizada el 20 de mayo, con el 74% de los votos válidos, como presidente peruano para el período 2000-2005 – El porcentaje de votos nulos alcanzó el 32.47% y el ausentismo llegó al 16.88% –. Al día siguiente de las elecciones peruanas el gobierno de los EEUU rechazó la reelección del presidente Alberto Fujimori Fujimori, al señalar que las elecciones no eran válidas. Y Alberto Fujimori Fujimori renunció, desde Japón, el 19 de noviembre del año 2000. El Congreso, en consecuencia, declaró la vacancia de la Presidencia de la República. Con ello se cerraba una década de poder despótico en la República del Perú.

Como una de las consecuencias directas e inmediatas del resultado electoral del año 1995, puede señalarse la profundización de la línea sostenida por el gobierno durante su primer mandato de privatización de las empresas estatales. En este sentido se privatizaron la mayoría de las empresas productivas estatales. En el año 1995 se puso en venta la estratégica Petroperú, en la cual convergían intereses militares de las Fuerzas Armadas, aduciendo cuestiones de seguridad nacional. Igualmente, en el año 1995, se vendieron acciones al sector privado nacional e internacional de Telefónica del Perú.

1.3 ORDOLIBERALIZACIÓN COMPARADA Y CIRCULACIÓN DEL MODELO.

En sede de análisis de la economía social de mercado en Latinoamérica, y siguiendo el diálogo sostenido en otros momentos del desarrollo del texto, resulta interesante la pregunta que se formula LAZCANO en su tesis, en cuanto a la exportabilidad del modelo *tedesco* y en cuanto a saber si la República de Chile experimenta una economía social – sin adjetivos –. LAZCANO justifica la imitación del modelo como resultado del prestigio alemán y lo formula del siguiente modo: “*Un modelo exportable: ¿es Chile una economía social? La forma más inmediata para medir el éxito de un orden económico es el de observar los indicadores en cada uno de los rubros de la economía, no obstante, también es posible evaluar sus méritos tomando como referencia la forma en que este orden es tomado como modelo a seguir. En efecto, la muestra más palpable de éxito de un orden económico reside en la voluntad de imitarlo por los ordenamientos económicos de otros países. Este es, sin lugar a duda, el caso de la economía social de mercado, la cual gracias a los logros obtenidos está en la mira de otros países, incluso allende el Atlántico, como es el caso de Chile*⁷⁹.”

De este modo, su discurso nos lleva a volver sobre la cuestión de saber si la recepción del modelo ordoliberal en América Latina es el resultado de una imitación ‘voluntaria’ o es el resultado de una imposición *soft* que se practica a través de disímiles mecanismos, que incluye la actividad de trasplante de la Konrad Adenauer *Stiftung*.

La respuesta que brinda LAZCANO en la referida tesis coincide con las reflexiones vertidas en la Segunda parte de la nuestra, en cuanto a que se remite a los espacios militarizados de la Alemania ocupada por los Estados Unidos y el Reino Unido en el año 1949, y al Chile militarizado dominado por el general Pinochet del año 1975, bajo la influencia de los *Chicago boy's*. Lo cual le permite a LAZCANO expresarse en los siguientes términos: “*Chile es, en su proporción, un caso exitoso pues tomó nota de lo advertido. No obstante, tampoco fue un camino fácil el que se recorrió para la implantación de un ordenamiento cercano a la economía social en Chile. De hecho, se puede señalar que las bases del sistema de mercado, tanto en Alemania como en Chile, tienen origen en una situación similar*⁸⁰.”

⁷⁹ Lazcano Gutiérrez, Iván, *El ordoliberalismo alemán y la Economía Social de Mercado*. cit., p.167.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 168.

Sólo a modo de breve comparación constitucional, se puede referir lo estipulado por la derogada Constitución política ecuatoriana, del año 1998⁸¹, en la cual a la ‘vieja usanza’ de la constitución Política peruana del año 1979, reconoció una Constitución económica denominada de economía social de mercado, pero conservando los roles estatales estratégicos de intervención directa e indirecta en la economía, sin que en ningún momento se refrendase el carácter subsidiario del ‘Estado social y de derecho’ ecuatoriano. En este sentido el artículo 244 establecía que *“Dentro del sistema de economía social de mercado al Estado le corresponderá”*: 1. *Garantizar el desarrollo de las actividades económicas, mediante un orden jurídico e instituciones que las promuevan, fomenten y generen confianza. Las actividades empresariales pública y privada recibirán el mismo tratamiento legal. (...)* 2. *Formular, en forma descentralizada y participativa, planes y programas obligatorios para la inversión pública y referenciales para la privada.* 3. *Promover el desarrollo de actividades y mercados competitivos. Impulsar la libre competencia y sancionar, conforme a la ley, las prácticas monopólicas y otras que la impidan y distorsionen.* 4. *Vigilar que las actividades económicas cumplan con la ley y Regularlas y controlarlas en defensa del bien común. (...).* 5. *Crear infraestructura física, científica y tecnológica; y dotar de los servicios básicos para el desarrollo.* 6. *Emprender actividades económicas cuando lo requiera el interés general.* 7. *Explotar racionalmente los bienes de su dominio exclusivo, de manera directa o con la participación del sector privado.* 8. *Proteger los derechos de los consumidores, sancionar la información fraudulenta, la publicidad engañosa, la adulteración de los productos, la alteración de pesos y medidas, y el incumplimiento de las normas de calidad.* 9. *Mantener una política fiscal disciplinada; fomentar el ahorro y la inversión; incrementar y diversificar las exportaciones y cuidar que el endeudamiento público sea compatible con la capacidad de pago del país.* 10. *Incentivar el pleno empleo y el mejoramiento de los salarios reales, teniendo en cuenta el aumento de la productividad, y otorgar subsidios específicos a quienes los necesiten.”*

De modo que con lo visto hasta este punto se pueden formular tantos tipos de ‘economías sociales de mercados’ como realidades nacionales y contextos políticos existan, lo cual se corresponde con la (in)definición doctrinal de la expresión con lo cual deviene como un concepto abierto, laxo y difuso – un ‘traje a la medida’– que se corresponde con su carácter contingente y *ad hoc* al momento de asumir y gestionar adecuadamente las distintas realidades sociales. Todo ello en línea con la operación de

⁸¹ Decreto Legislativo No. 000. RO/ 1 de 11 de Agosto de 1998.

trasplante jurídico ordoliberal y la voluntad de los ‘padres fundadores germanos’ los cuales promueven y estimulan una aplicación difusa y heterogénea de su propio y no positivizado *slogan*, el cual ha encontrado en tierras latinoamericanas un espacio local y fértil de experimentación y de confrontación internacional postcolonial con el modelo estadounidense, siempre al interno de la construcción de un derecho transnacional ⁸² e imperialista ⁸³, que gestiona a los nunca soberanos e independientes estados nacionales latinoamericanos como meras provincias periféricas del vértice global, ahora ocupadas en desarrollar la ingente tarea de un derecho ‘nacional’ residual y funcional al orden mundial.

En buena medida ha de corresponder a los distintos tribunales de justicia de las ‘provincias glocales’ el poder definir y perfilar, en cada momento ‘histórico’, el contenido y el alcance de la institución en cuestión. Ejemplo de esta definición de perfiles y contornos orientada a la legitimación cultural, política y jurídica del *status quo*, es la construcción jurisprudencial que realiza el Tribunal constitucional peruano, en sede de ‘economía social de mercado’, el cual en su sentencia paradigmática del año 2003, define a la economía social de mercado como condición necesaria para la existencia del Estado social, y ello lo hace citando explícitamente en su sentencia, la obra de Müller ARMACK: “16. *A modo de conjunción de los principios expuestos, e ingresando de manera más concreta en la determinación solidaria y social en la que se inspira el régimen económico de la Constitución, el artículo 58° de la Carta preceptúa que aquél se ejerce en una economía social de mercado. La economía social de mercado es representativa de los valores constitucionales de la libertad y la justicia, y, por ende, es compatible con los fundamentos axiológicos y teleológicos que inspiran a un Estado social y democrático de derecho. En ésta imperan los principios de libertad y*

⁸² “Comincia a diventare evidente, anzi, come in questo nuovo ordine transnazionale, le singole diversità nazionali non siano altro che una soluzione particolare nell’ambito di una struttura e di un linguaggio ormai largamente comuni.”, Marini Giovanni, *Diritto e politica. La costruzione delle tradizioni giuridiche nell’epoca della globalizzazione*, Rivista Pòlemos, No. 1, G. Giappichelli Editore, Torino. 2010. p. 4.

⁸³ “El estado de derecho imperialista subordina la legalidad local alrededor del mundo, y así se reproduce en escala global el mismo fenómeno dualista que hasta ahora ha caracterizado al derecho de los países en desarrollo. Los Estados, por lo tanto, están privados de discrecionalidad en materia jurídica, al estar ligados a los requerimientos del estado de derecho imperialista. Lo que suele quedar en la provincia estatal es un degradado nivel de creación jurídica, que únicamente puede llenar los cada vez más reducidos espacios no ocupados por el estado de derecho imperialista, junto con el saqueo empresarial. El derecho local se expresa, entonces, en lenguas locales e interesa a una profesión jurídica local, a la vez que sirve como mero representante ejecutivo de los requerimientos jurídicos imperialistas. No hay suficiente fuerza en las instituciones jurídicas locales como para detectar y rechazar el saqueo, porque el estado de derecho imperialista lo naturaliza y legaliza, al ser ejecutado por actores empresariales poderosos, asistidos por megaestudios de abogados. El saqueo es el vehículo y simultáneamente el beneficiario del estado de derecho imperialista”. Mattei Ugo, Nader Laura, *Plunder-When the Rule of Law is Illegal*, Blackwell Publishing, Massachusetts, 2008, p. 141.

promoción de la igualdad material dentro de un orden democrático garantizado por el Estado. De allí que L. Herhård y Alfred Müller Armack afirmen que se trata de un orden “en donde se asegura la competencia, y al mismo tiempo, la transformación de la productividad individual en progreso social, beneficiando a todos, amén de estimular un diversificado sistema de protección social para los sectores económicamente débiles[...].” (El orden del futuro. La economía social de mercado. Universidad de Buenos Aires, 1981) “La economía social de mercado, como presupuesto consustancial del Estado Constitucional aparece como una “tercera vía” entre el capitalismo y el socialismo[...].” (Peter Häberle. Incursus. Perspectiva de una doctrina constitucional del mercado: siete tesis de trabajo. En: Pensamiento Constitucional. Año. N.º IV. N.º. 4, Lima 1997, pág. 25). Y es que, dado el carácter “social” del modelo económico establecido en la Constitución vigente, el Estado no puede permanecer indiferente a las actividades económicas, lo que en modo alguno supone la posibilidad de interferir arbitraria e injustificadamente en el ámbito de libertad reservado a los agentes económicos⁸⁴.”

Dicho lo anterior, en este contexto es atinente citar al profesor MARINI, en el sentido que los Tribunales constitucionales son uno de los sujetos escogidos y preferidos por el ‘gobierno transnacional’ para realizar la labor de difusión y de ordoliberalización, propio del trasplante jurídico cultural occidental en América Latina⁸⁵, en la dirección principal de circulación del ‘centro’ a la ‘periferia’ que encuentra en la constitucionalización de los valores y los principios ordoliberales una vía de consolidación de su hegemonía⁸⁶. El Tribunal constitucional como sujeto preferido, en virtud

⁸⁴ Sentencia del Pleno jurisdiccional del Tribunal Constitucional, del 11 de noviembre de 2003. Demanda de inconstitucionalidad interpuesta. Expediente 0008-2003-AI/TC. cit. 4.4 Economía social de mercado.

⁸⁵ “*Intanto ogni esportazione di categorie e dell’ armamentario concettuale e retorico che le accompagna è in grado di selezionare i soggetti ai quali tocca il compito di dettare la forma e la sostanza del discorso giuridico a livello locale, collocandoli in una posizione di vantaggio rispetto agli altri. La vicenda di una “periferia” come quella latino-americana è abbastanza indicativa.*”, Marini, Giovanni, *Diritto e politica. La costruzione delle tradizioni giuridiche nell’epoca della globalizzazione*, cit. p. 28

⁸⁶ “*Al respecto, es necesario enfatizar que el verdadero riesgo sería que la recomposición de las desigualdades sociales y económicas quede librada a la supuesta eficiencia de un mercado que, por razones de distinta índole, se instituye desde una indiscutible disparidad entre los distintos agentes y operadores de la economía. (...) Por ello, no sólo es saludable, sino imprescindible, consolidar al más alto nivel jurídico y político las reglas macro que procuren una economía orientada hacia un Estado social y democrático de derecho.*”, Sentencia del Pleno jurisdiccional del Tribunal Constitucional, del 11 de noviembre de 2003. Expediente 0008-2003-AI/TC. cit. 2.3 – La Constitución económica.

del artículo 204 de la Constitución política peruana⁸⁷, por encontrarse en la cúspide del sistema jurídico en cuanto a la interpretación judicial y constitucional de las normas jurídicas y de los fallos de los tribunales: *“Il caso riassume bene il modo di operare delle narrative. Intanto perché dimostra come queste possano operare talvolta ben al di là delle intenzioni dell’autore. Inizialmente l’ascendenza europea del diritto latinoamericano, presentato come un puro prodotto scientifico (di altissimo livello), è messa al servizio della diffusione degli ideali democratici che caratterizzano la famiglia giuridica europea – in una società non democratica che però resiste. E questa stessa resistenza, ribadita dal law and development per favorire progetti di riforma di segno diverso, si trasforma successivamente nella base per un progetto neocoloniale che consolida lo status quo. (...) Intanto ogni esportazione di categorie e dell’ armamentario concettuale e retorico che le accompagna è in grado di selezionare i soggetti ai quali tocca il compito di dettare la forma e la sostanza del discorso giuridico a livello locale, collocandoli in una posizione di vantaggio rispetto agli altri. La vicenda di una “periferia” come quella latino–americana è abbastanza indicativa. La “regione” infatti è stata prodotta da un sofisticato discorso giuridico. La caratterizzazione dei suoi sistemi giuridici è sempre rimasta in bilico: non sono abbastanza europei per essere considerati davvero parte integrante di quella tradizione, ma neanche abbastanza esotici per far valere l’eccezione “culturale”⁸⁸.”*

De modo que *il compito* público del Tribunal constitucional peruano y el trabajo jurisprudencial del resto de los tribunales peruanos, se inserta en la obra de inserción y de reapropiación ‘periférica’ de los presupuestos teóricos y metodológicos del pensamiento ordoliberal en la conformación y en la reinención de una nueva y exótica ‘tradición jurídica peruana’, dotándola de la autenticidad local y de la legitimidad glocal para la conformación de los estándares del ‘*ordine proprietario*’ liberista y de las condiciones mínimas biopolíticas de existencia humana⁸⁹, en el sentido *foucaultiano* de la conformación

⁸⁷ “Artículo 204º.- La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto. No tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional, en todo o en parte, una norma legal.”, Constitución política del Perú, 30 de diciembre de 1993.

⁸⁸ Marini, Giovanni, *Diritto e politica. La costruzione delle tradizioni giuridiche nell’epoca della globalizzazione*, cit., p. 29.

⁸⁹ “11. El Estado social y democrático de derecho no obvia los principios y derechos básicos del Estado de derecho, tales como la libertad, la seguridad, la propiedad privada y la igualdad ante la ley; antes bien, pretende conseguir su mayor efectividad, dotándolos de una base y un contenido material, a partir del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca. Así, no hay posibilidad de materializar

de un *biodiritto* peruano⁹⁰. Lo cual se corresponde con la constante y acelerada hibridación en la conformación de las tradiciones jurídicas nacionales y culturales en la época de la globalización.

Tradiciones jurídicas ora destinadas a compatibilizar, ora destinadas a diferenciar según el signo histórico del momento y de las relaciones de poder, que son fácilmente permeables por el discurso elástico y ‘solidarístico’ de la economía social de mercado, por cuanto su discurso admite ‘estratégicamente’ las diversas soluciones acordes a las diferencias nacionales existentes y a las características propias de las culturas locales latinoamericanas. Para ello promueve la aplicación jurisprudencial del principio de la subsidiariedad como herramienta flexible al interno del Estado de derecho⁹¹. Seguramente ninguna de las reapropiaciones y reelaboraciones locales, que tengan como punto de partida los presupuestos convencionales de la teoría ordoliberal, van a ser consideradas como ‘desviaciones de resistencia’⁹², contra el modelo, sino todo lo contrario, van a ser consideradas como

la libertad si su establecimiento y garantías formales no van acompañados de unas condiciones existenciales mínimas que hagan posible su ejercicio real (García Pelayo, Manuel. Las transformaciones del Estado contemporáneo. Madrid: Editorial Alianza. 1980, pág. 26), lo que supone la existencia de un conjunto de principios que instrumentalicen las instituciones políticas, fundamenten el sistema jurídico estadual y sustenten sus funciones.”, Sentencia del Pleno jurisdiccional del Tribunal Constitucional, del 11 de noviembre de 2003. Expediente 0008-2003-AI/TC. cit. 4.1.a Fundamentos ideopolíticos del Estado social y democrático de derecho.

⁹⁰ “69. Conforme a lo expuesto en la STC N.º 2945-2003-AA/TC, actualmente, la noción de Estado social y democrático de derecho concreta los postulados que tienden a asegurar el mínimo de posibilidades que tornan digna la vida. La vida, entonces, ya no puede entenderse tan solo como un límite al ejercicio del poder, sino fundamentalmente como un objetivo que guía la actuación positiva del Estado, el cual ahora está comprometido a cumplir con el encargo social de garantizar, entre otros, el derecho a la vida y a la seguridad.”, Sentencia del Tribunal constitucional, del 23 de febrero del año 2006. Expediente No. 7320-2005-PA/TC. Consideraciones finales: El compromiso del Estado con el derecho a la vida.

⁹¹ “Consecuentemente, el principio de subsidiariedad surge en el constitucionalismo moderno como una técnica decididamente útil para lograr la pacificación social o la resolución de los conflictos mediante el respeto absoluto de los derechos y libertades individuales, y tiene como fin la reestructuración del equilibrio entre lo público y lo privado según una adecuada flexibilización que acentúa la concepción democrática del ordenamiento estatal.(...) De este modo, el principio de subsidiariedad, más que un mecanismo de defensa contra el Estado, resulta ser un instrumento para la conciliación de conflictos; no se funda en una concepción “opositiva” de la relación entre Estado y sociedad, sino en una visión “integradora” y “consensual” del cuerpo social, cuyas partes, mediante vínculos de tipo subsidiario, se recomponen armónicamente en un proceso que gradualmente desciende desde el individuo hasta el Estado a través de las formaciones sociales intermedias.(...) En ese orden de ideas, las acciones del Estado deben estar vinculadas al fomento, estimulación, coordinación, complementación, integración o sustitución, en vía supletoria, complementaria o de reemplazo, de la libre iniciativa privada. La subsidiariedad se manifiesta como el acto accesorio o de perfeccionamiento en materia económica, que se justifica por la inacción o defección de la iniciativa privada”, Sentencia del Pleno jurisdiccional del Tribunal Constitucional, del 11 de noviembre de 2003. Expediente 0008-2003-AI/TC. cit. 4.6 La actuación subsidiaria del Estado en la economía.

⁹² Mattei, Ugo, *A Theory of Imperial Law: A Study on U.S. Hegemony and the Latin Resistance*, en *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 10, 2003, p. 408.

‘reinversiones de asimilación’ insertadas en las posibilidades de renovación y modificación del propio discurso del modelo ordoliberal de gestión social, enriqueciéndolo, actualizándolo, y consolidando en definitiva el rol hegemónico organicista político/cultural a través de la circulación del modelo jurídico

93

Particular atención presta el Tribunal constitucional peruano a la conformación jurisprudencial del principio de la subsidiariedad del estado, tan caro y cercano al pensamiento ordoliberal por cuanto justifica la necesidad del constructivismo racional de un ‘Estado robusto’, que esté en grado de practicar intervenciones estatales orientadas a la consecución de un bien común general, que se encuentra por encima de la suma de los intereses, las perspectivas y las aspiraciones individuales. De este modo la conformación constitucional del principio de la subsidiariedad garantiza el funcionamiento y la aplicación organicista de las políticas y decisiones ordoliberales. El Tribunal constitucional peruano, en sede del Principio de subsidiariedad económica del Estado, se ha manifestado del siguiente modo: “8. *En efecto, conforme al Principio de Subsidiariedad Económica del Estado o, lo que es lo mismo, la cláusula de actuación subsidiaria del Estado en la economía, consagrado en el artículo 60º de la Constitución, dicho principio implica, de un lado, un límite a la actividad estatal, pues no puede participar libremente en la actividad económica, sino que sólo lo puede hacer sujeto a la subsidiariedad, que debe ser entendida como una función supervisora y correctiva o reguladora del mercado; y, de otro, reconoce que hay ámbitos que no pueden regularse única y exclusivamente a partir del mercado, lo cual justifica la función de regulación y protección con que cuenta el Estado. 9. Sobre el particular, este Tribunal estableció que el principio de subsidiariedad tiene dos dimensiones: una vertical, y otra horizontal. Conforme a la segunda de ellas, se impide que el Estado actúe en el ámbito que es propio de la sociedad civil, concepto que apoya la libertad de empresa y de mercado, y que sólo reserva al Estado la función de supervisor y corrector. (...) 11. De este modo, la Carta de 1993 ha consagrado la subsidiariedad de la intervención de los poderes públicos en la economía planteando el reconocimiento de la existencia de una función supletoria del Estado ante las imperfecciones u omisiones de los agentes económicos en aras del bien común, resultando ser, antes que un mecanismo de defensa contra el Estado, un instrumento para la conciliación de conflictos. (...)18. El reconocimiento de estas funciones estatales, que aparecen como*

⁹³ Marini, Giovanni, *Diritto e politica. La costruzione delle tradizioni giuridiche nell’epoca della globalizzazione*, cit., p. 24.

un poder-deber, se justifica porque el Estado no es sólo una organización que interviene como garantía del ordenamiento jurídico, sino porque determina o participa en el establecimiento de las "reglas de juego", configurando de esta manera la vocación finalista por el bien común. Por ende, el Estado actúa como regulador y propiciador de los procesos económicos⁹⁴."

De este modo, el ‘periférico’ ordenamiento jurídico público peruano y su práctica jurídica en las relaciones del Derecho privado, se alzan como un ‘centro productor y exportador de segundo grado’ del derecho ordoliberal al interno de Latinoamérica, estableciéndose una relación diversa y compleja entre el ‘centro germano’ y la ‘periferia peruana’ en la perspectiva de circulación del modelo jurídico ordoliberal. De modo que el proceso de ‘importación’ y de recepción del pensamiento ordoliberal germano esté en mejor grado de reexportarse en América Latina, según el reciclaje autóctono y la original transformación – canibalización/radicalización – recibida al interno de la realidad peruana, mucho más cercana a las ‘condiciones materiales económicas’ de aplicación, y en particular más próxima a la realidad cultural /continental latinoamericana donde el ‘producto jurídico ordoliberal’ debe recibirse y aplicarse.

Lo expuesto en el párrafo anterior permite establecer dos consideraciones iniciales. La primera es aquella que evidencia el establecimiento de un flujo multidireccional de los nuevos contenidos adquiridos, reinventados y legitimados, en el cual el Perú se ubica como ‘centro exportador’ semi-periférico de la narrativa jurídica ordoliberal al interno de un espacio circundante de periferia colonial. Y la segunda consideración es aquella que se refiere al establecimiento de un intenso flujo bidireccional de retroalimentación y de reinención, entre ‘el centro germano y la semi periferia peruana’, que permite a través del ‘diálogo cooperativo’ la constante adecuación, la renovación, la reformulación y la reconstrucción de la originalidad del pensamiento ordoliberal al interno de la ‘tradicción occidental’. Ambas consideraciones exigen una mayor atención postcolonial por parte de los actores germanos, en particular una mayor intervención por parte de la Konrad Adenauer *Stiftung* en su función esencial de difusión global y de control de las ‘desviaciones exóticas’ de los presupuestos ordoliberales en la recepción del ‘prestigioso’ modelo europeo de la economía social de mercado, en América Latina.

⁹⁴ Sentencia del Tribunal constitucional, del 23 de febrero del año 2006. Expediente No. 7320-2005-PA/TC. El principio de la subsidiariedad económica del Estado.

Evidentemente, la Konrad Adenauer *Stiftung* se encuentra en la raíz genealógica de la construcción de una tradición jurídica ordoliberal en América Latina. Cuestión que como había sido enunciada en la Primera parte es propiamente una actividad ‘transgresora’ y privada de un ente extranjero, realizada en los países anfitriones utilizando en muchas ocasiones la cobertura de la cooperación al desarrollo que le brinda el propio Ministerio Federal de Cooperación Económica y Desarrollo alemán. Que, por demás, no pudiera materializarse a través de los canales públicos y formales de las estrategias clásicas de la diplomacia oficial que no consiente, abierta y explícitamente, la injerencia en las soberanías de los estados nacionales. Este comportamiento injerencista practicado por las fundaciones políticas alemanas, y otros entes de naturaleza no gubernativa, que responde a los intereses estratégicos estatales de naturaleza globales, se denomina en la literatura especializada de las relaciones internacionales como ‘*soft power*’.

Esta cuestión referida al trasplante jurídico, a la circulación jurídica del modelo *tedesco*, con sus típicas desviaciones en la recepción y adecuación de la economía social de mercado, tiene en Perú una connotación especial. No es una mera coincidencia la creación del Instituto Libertad y Democracia (ILD), aparecido en el año 1981 y la realización aquel mismo año del foro Economía Social de Mercado, llamando en la práctica a implementar una cruzada ideológica y sugiriendo la proscripción de los libros marxistas y ciertos textos escolares. Esta institución se integró desde sus inicios por encumbrados intelectuales peruanos pertenecientes a ‘la derecha liberal’, entre ellos y los más reconocidos: Guillermo Hoyos Osoreo, Hernando de Soto Polar, Mario Vargas Llosa, Sandro Mariátegui Chiappe, Andrés Townsend Ezcurra y Enrique Chirinos Soto, entre otros. Desde el año 1981 se organizaron una serie de coloquios en los que participaron directamente Milton FRIEDMAN y Friedrich HAYEK. El resultado y fruto de su actividad estuvo a la vista: La primera Constitución económica ordoliberal en América Latina, nació en Perú en el año 1979 y se consolidó en el año 1993.

Hernando DE SOTO – elegido por la prensa internacional *occidental* como uno de los principales paladines innovadores sociales de América Latina y considerado habitualmente entre las 100 personas más influyentes del planeta – es fundador y actual presidente del Instituto Libertad y Democracia (ILD) con sede en Lima, Perú. Institución que ha sido considerada como uno de los dos centros de investigación (*think tank*) más importantes del mundo. No es menester de este texto extenderse en

consideraciones sobre este ‘reputado’⁹⁵, intelectual orgánico ordoliberal y liberista, que ha desarrollado su trabajo teórico y su activismo social orientado a la titulización e inscripción de los derechos de propiedad del ‘capital muerto’, cuya precarización es considerada por él – y por una inmensa mayoría de tecnócratas conservadores – como la causa fundamental del atraso y el subdesarrollo de los países del Tercer mundo y la (sub)existencia de millones de pobres. De modo que su labor personal, científica y práctica – y del Instituto que preside – se orienta hacia la ‘asimilación’ de millones de pobres al funcionamiento de la ‘economía de mercado’ y hacia la definición del papel del Estado ordoliberal en crear las condiciones marco jurídicas propicias para lograrlo, promoviendo reformas institucionales en los países tercermundistas que permitirían fusionar las dos economías paralelas – legal y extralegal – en un esquema jurídicamente adecuado para el funcionamiento de una economía moderna. Definen al ‘enemigo real’ como un defectuoso sistema legal.

Detenerme brevemente en la vida y obra de este intelectual peruano⁹⁶, responde únicamente a la coincidencia histórica biográfica que comparte con ‘algunos’ de los padres fundadores germanos del pensamiento ordoliberal en cuanto a su vinculación con regímenes dictatoriales. Los segundos con el régimen nacionalsocialista alemán, y el primero con el régimen ‘golpista’ del ingeniero Alberto Fujimori Fujimori.

Brevemente y a modo reconstructivo, Hernando DE SOTO POLAR – educado en Europa – es considerado a partir de los años 90 como uno de los personajes nacionales más influyentes y poderosos del Perú⁹⁷. Colaboró directamente en 1990 con el entonces presidente *aprista* Alan García Pérez en la implementación del sistema del registro predial – proyecto formulado en el año 1988, y posteriormente presentado por el IDL y aprobado por Ley en el año 1989 –, que permitiría la inscripción registral de la propiedad a miles de personas poseedoras de bienes inmobiliarios en condición jurídicamente precaria – extralegal –. Registro Predial como dependencia pública que fue gerenciado directamente por el IDL en el lapso del año 1990 al año 1996. Desde esas fechas – año 1990 – DE SOTO POLAR mantenía

⁹⁵ Sobre el plagio de la redacción del discurso pronunciado por Alberto Fujimori, el 18 de mayo de 1992, en Bahamas en el marco de la Organización de Estados Americanos, atribuido a sus asesores y en particular a De Soto, ver Kenney, Charles, *Por qué el autogolpe? Fujimori y el Congreso*, cit., p. 91.

⁹⁶ *El otro sendero, La respuesta económica al terrorismo (1986)*. *El misterio del capital: ¿Por qué el capitalismo triunfa en occidente y fracasa en el resto del mundo? (2000)*. *La Arquitectura Oculta del Capitalismo (2001)*. *El Electorado del Terror (2001)*. *Realizing Property Rights (2006)*.

⁹⁷ *El poder en el Perú*, Debate, volumen 12, No.61. Lima, Perú, 1990. pp. 24-42. *El poder en el Perú*. Debate, volumen 13, No. 65 Lima, Perú, 1991. pp. 21-42. *El poder en el Perú*. Debate, volumen 15, No. 69. pp. 27-43.

recurrentes reuniones con el entonces candidato presidencial Alberto Fujimori Fujimori, considerado como una sorpresa y un fenómeno advenedizo en la arena política peruana. Con Fujimori recién ascendido democráticamente al poder, en el mes de febrero de 1991, este aceptó la renuncia del Primer Ministro y ministro de Economía, Juan Carlos Hurtado Miller, y nombró en su lugar como ministro de economía a Carlos Boloña Behr, director del área de Economía del Instituto Libertad y Democracia (ILD), presidido por DE SOTO. En esas fechas, el Consejo de Ministros peruano objetó la propuesta de democratización de las decisiones del gobierno, elaborada por el ILD, lo que provocó que su presidente, Hernando DE SOTO POLAR, anunciase la ruptura de relaciones con el presidente Alberto Fujimori Fujimori y la decisión de no continuar asesorando al Jefe de Estado. Cuestión que quedó superada días después. Posteriormente, en el mes de enero de 1992, Hernando DE SOTO POLAR finalmente puso término a la labor de asesoría con el Ejecutivo fujimorista, como principal asesor en temas de narcotráfico, renunciando a su cargo. Su carta contenía una crítica frontal al programa económico y denuncias sobre corrupción y violación de derechos humanos.

No obstante lo anterior, Hernando DE SOTO participó activamente durante el período inmediatamente posterior al auto golpe de estado, presentando propuestas a través del IDL orientadas a evitar sanciones internacionales y a restablecer el orden jurídico institucional en el Perú. En mayo del año 1992 hubo una reunión de cancilleres de la OEA, en Bahamas, en las que participó directamente Alberto Fujimori – ‘debidamente’ asesorado por DE SOTO ⁹⁸ – justificando el desenlace de la crisis política y proponiendo reintegrarse rápidamente al cauce democrático. Por demás, en la reciente campaña presidencial peruana del año 2011, el otrora asesor de Alberto Fujimori, se ha desempeñado como asesor de la candidata Keiko Fujimori. Lo ha hecho 19 años después. Veinte años no son nada.

2. BREVE ANÁLISIS DEL CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR PERUANO.

La Constitución política peruana del año 1979 consagró, por primera vez en la sistemática constitucional peruana, la cuestión de defensa del consumidor en su artículo 110 – “(...) *Con igual finalidad, fomenta los diversos sectores de la producción y defiende el interés de los consumidores*” –. Y aun cuando se considere que quedaron protegidos de una manera marginal y declarativa, tanto desde lo defectuoso de la regulación como desde finalidad del desarrollo económico y social, marcó un hito

⁹⁸ Ver sobre el plagio cometido por De Soto sobre la obra doctoral de Michael Coppedge, también politólogo y profesor de la Universidad de Notre Dame. Tuesta Soldevilla, Fernando, *Los enigmas del poder: Fujimori, 1990-1996*, Fundación Friedrich Ebert, Lima, Perú. 1996. Pp. 103 y 104.

en esta especialidad del Derecho peruano⁹⁹. “*El ser o el comportarse como un consumidor es un modo de ser y de interpretar el papel de la persona en el mercado, y al interno del agregado social*¹⁰⁰.”

El tema y el reconocimiento de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios también quedó recogido en los típicos términos biopolíticos y bioeconómicos de salud, de educación, de seguridad y de la información, en la Constitución política del año 1993, de una manera más precisa y según la típica defensa de los intereses de los sujetos estructuralmente débiles, reducida al mero derecho de recibir información, según la redacción constitucional del vigente artículo 65: “*El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población.*”

Esta consagración ordoliberal peruana de la figura del consumidor y del usuario, como actor en el mercado y parte activa de la dinámica económica¹⁰¹, es consecuencia del desplazamiento del centro de atención de las relaciones sociales, que pasa desde la empresa como sujeto de derecho, a las relaciones empresa – consumidor como expresión de que se ha producido un cambio de época caracterizado por la ‘masificación’ del contrato y del consumo¹⁰² y la reevaluación de las relaciones entre la producción

⁹⁹Acosta Iparraguirre, Vicente, *La constitución económica en el Perú y en el derecho comparado*, cit. p. 279.

¹⁰⁰Alpa, Guido, *Introduzione al diritto dei consumatori*, Editorial Laterza, seconda edizione. 2008. Prefazione. p. V.

¹⁰¹ Esta cuestión viene analizada por el Tribunal Constitucional, definiendo al consumidor como el destinatario fundamental del modelo económico: “18. *En el caso de autos, el problema planteado se inscribe en un contexto en el que presuntamente se habría visto alterada la libre competencia. Desde dicho punto de vista, es indudable que este Colegiado no puede ignorar lo que ha sido puesto de relieve en torno de tal libertad. Sin embargo, y como inmediatamente se verá, conviene a su vez preguntarse si en el análisis de la problemática en discusión solo pueden focalizarse los temas propuestos desde la óptica de lo que sucede con los agentes económicos por lo que ellos unilateralmente representan, o si se impone de alguna forma una visión mucho más integral que haga participe de la misma a quien en virtud del ordenamiento constitucional aparece como el destinatario fundamental del modelo económico: la persona en su condición de usuario o consumidor.*”, Ver Sentencia del Tribunal Constitucional, del 17 de enero de 2005. Expediente No. 3315-2004-SS/TC. Los límites de la libre competencia.

En la respuesta de tal interrogante reside, según el criterio de este Tribunal, la solución al petitorio formulado.

¹⁰² “*La evolución económica y social de nuestro tiempo se ha visto condicionada merced a la dinámica interna del capitalismo por el fenómeno de la producción en masa y, por ello, se ha visto forzada a una ampliación de la masa de consumidores, que determina un ensanchamiento del número de personas que aspiran a adquirir o disfrutar los bienes y los servicios que las grandes empresas proporcionan. Este hecho ha determinado un tráfico económico, cada vez más acelerado, que se ha ido convirtiendo en lo que rigurosamente puede llamarse un <tráfico en masa>*”, Díez-Picazo, Luis, *Derecho y masificación social*. Tecnología y Derecho privado, Civitas, Madrid, 1979. p. 42.

y el consumo, entre la producción y la actividad de distribución, y entre el consumo y el ahorro¹⁰³. No debe pasarse por alto que la defensa de los intereses – no de los derechos – del consumidor están contenidos en la ‘constitución económica peruana’, al interno del Título III – Del régimen económico –, en el Capítulo 1 – Principios generales – de la Constitución política. Cuestión que viene constatada por la labor de esclarecimiento y legitimación que realiza el Tribunal Constitucional peruano¹⁰⁴.

La sentencia del Tribunal Constitucional peruano, del 17 de enero del año 2005, definió el acto de consumo resaltando la consideración onerosa del título de adquisición a través del cual los consumidores y usuarios pueden disfrutar de los productos y servicios en el espacio del mercado. Consideración ‘onerosa’ que por evidente, nos porta nuevamente a las consideraciones de la ‘justicia social’ que evidentemente quedan fuera de las obligaciones genéricas del Estado ordoliberal, centradas en garantizar el derecho de la información, la salud y la seguridad del ciudadano devenido consumidor. El acto de consumo quedó definido por el Tribunal Constitucional en los siguientes términos: “*El consumo expresa un conjunto de procesos socioculturales mediante el cual se verifica jurídicamente el gozo, disposición y uso a título oneroso de una gama de productos y servicios ofertados en el mercado; como tal, deviene en la última fase del proceso productivo, en aras de que lo ofrecido comercialmente puede satisfacer el cúmulo de necesidades sociales*”¹⁰⁵.

Esta sistemática de la Constitución política peruana del año 1993 se corresponde con la estructura ‘constitucional’ seguida por el Tratado de Lisboa del año 2007 – con fecha de entrada en vigor el primero de enero de 2009 –¹⁰⁶, que se expresó igualmente en términos biopolíticos de salud, de

¹⁰³ Alpa, Guido, *Introduzione al diritto dei consumatori*, cit., p. 19.

¹⁰⁴ “31. De acuerdo con lo establecido por el artículo 65° de la Constitución, el Estado mantiene con los consumidores o usuarios dos obligaciones genéricas; a saber: a) Garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que estén a su disposición en el mercado. Ello implica la consignación de datos veraces, suficientes, apropiados y fácilmente accesibles. b) Vela por la salud y la seguridad de las personas su condición de consumidoras o usuarias.”, Sentencia del Pleno jurisdiccional del Tribunal Constitucional, del 11 de noviembre de 2003. Expediente 0008-2003-AI/TC. cit. 6 Los derechos de los consumidores y usuarios.

¹⁰⁵ Ver Sentencia del Tribunal Constitucional, del 17 de enero de 2005. Expediente No. 3315-2004-SS/TC. 6 - Consideraciones previas.

¹⁰⁶ TERCERA PARTE - POLÍTICAS Y ACCIONES INTERNAS DE LA UNIÓN. TÍTULO XV PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES “Artículo 169 (antiguo artículo 153 TCE) 1. Para promover los intereses de los consumidores y garantizarles un alto nivel de protección, la Unión contribuirá a proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, así como a promover su derecho a la información, a la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses.”, Versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. Bruselas, 30 de abril de 2008.

seguridad y de defensa de los intereses económicos¹⁰⁷, así como en términos de derecho de acceso a la información, a la educación para el mercado y a la representación colectiva en defensa de los intereses económicos – esto último a modo de representación de la ‘democracia del mercado’, a imagen y semejanza de la institución de los partidos políticos en la arena política de la sociedad –.

Según TORRES Y TORRES LARA, el nuevo concepto peruano de gestión estatal, consagrado constitucionalmente en el año 1993, suprimió el control de la llamada eficiencia empresarial contenida en la anterior constitución, y lo sustituyó por la gestión del propio consumidor¹⁰⁸, a quien se le garantiza la información apropiada para que realice la simple voluntad de elección y ‘adhesión’¹⁰⁹, en aras de resolver la cuestión de la marcada asimetría informativa, y en pos de no mencionar la irreductible diferencia estructural que cuestiona la existencia del propio instituto de la autonomía de la voluntad, cancelada por la existencia de un ‘masivo’ estado de necesidad¹¹⁰.

La eficiencia económica de las empresas nacionales – de manera particular en los países periféricos volcados a la actividad de la exportación y con mercados interiores deficitarios en términos de capacidad adquisitiva de la población local – resulta auto controlada bajo la presión de la competencia internacional; y la gestión del bien común se concentra fundamentalmente en la calidad y en los precios de los productos y servicios que se ofrecen en el espacio del mercado nacional. Se promueve la libertad de empresa y la competencia como forma de dirigismo político, mediante la prohibición del abuso de posición dominante en el mercado, como un modo de reproducir las ‘condiciones constitutivas’ enunciadas por Peter HÄBERLE y mencionadas en la Segunda parte de este texto.

¹⁰⁷ “¿Cosa si intende per interessi economici? ¿Perché si parla di interessi e non di diritti?”, Alpa, Guido, *Introduzione al diritto dei consumatori*, cit., p. 54.

¹⁰⁸ Torres y Torres Lara, Carlos, *El consumidor nuevo centro del derecho*, en *Mercado y Empresa*, Revista Peruana de Derecho de la Empresa, N° 46, 1997. pp. 9 ss.

¹⁰⁹ “Es curioso que un sector de autores se resista a reconocer la limitación a la que se conduce a adherentes y consumidores, casi natural dentro del fenómeno de la contratación estandarizada. Nadie puede negar que la autonomía privada (si bien nacida a la luz de los conceptos desarrollados con mayor vehemencia durante el ochocientos) se resiente y por ello viene a menos, sustancialmente, la libertad de valoración y de elección del consumidor, la misma que, en los postulados de la teoría económica liberal, debería constituir presupuesto necesario para un racional funcionamiento de los mecanismos del mercado y de la libre competencia.”, Vega Mere, Yuri, *Contratos de Consumo. (Estudio sobre el derecho del consumidor)*, Segunda edición, Editorial San Marcos, Lima, Perú. 2005. p.38.

¹¹⁰ Torres y Torres Lara, Carlos. *La Constitución Económica en el Perú (La Economía según la Constitución de 1993)*, Desarrollo y Paz Editores, Lima. p. 20.

Debe tenerse en cuenta que la genérica promulgación, con carácter de aplicación general, de los Códigos de defensa de los consumidores en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos, acentúa el rol supletorio de los Códigos civiles como típicos ordenadores de las relaciones patrimoniales *inter privados*, en un proceso que ha venido a denominarse *de-codificación*, en particular a través de la ‘*decretación*’ de una miríada de leyes especiales¹¹¹. Pero que en particular, en América Latina, destaca su promulgación – de los Códigos de Defensa de los consumidores – por el carácter “*esageratamente propagandístico de la producción legislativa: la leggi sono usate dai governi come strumento di comunicazione con i cittadini; attraverso le leggi essi dimostrano ai propri elettori di realizzare il programma stabilito e di mantenere le promesse fatte durante le elezioni*”¹¹².”

El anteproyecto del Código de protección y defensa del consumidor, fue publicado por el Diario Oficial El Peruano, el domingo 18 de octubre del año 2009, como un cuerpo normativo ‘moderno’ y eficaz, orientado a regular de manera coherente y sistemática los nuevos mecanismos de protección al consumidor. El Código definitivo fue aprobado por unanimidad el 12 de agosto del año 2010, para entrar en vigor a los 30 días de su publicación. El Código consta de ciento sesenta (160) artículos, cuatro disposiciones complementarias finales, tres disposiciones modificatorias, una transitoria y dos disposiciones complementarias derogatorias. La primera disposición complementaria derogatoria del Código, expresamente deroga hasta diez normas jurídicas especiales promulgadas en los últimos veinte años sobre la materia, en particular el Decreto Legislativo No. 716 – textos Únicos Ordenados de las Leyes de Protección al Consumidor, de Represión de la Competencia Desleal y de Normas de Publicidad en Defensa del Consumidor – que databan del primer período de mandato *fujimorista*. El último párrafo de la primera disposición complementaria derogatoria concluye de esta manera, en términos de continuidad y de disminución de la inflación legislativa: “*Toda referencia al Decreto Legislativo núm. 716 o al Decreto Supremo núm. 006–2009–PCM se entenderá efectuada al presente Código a partir de su entrada en vigencia.*”

En su título preliminar, el Código de Protección y defensa del consumidor establece que se sujetará a los siguientes principios: Principio de soberanía del consumidor – artículo V.1 –. Principio pro consumidor, para que en cualquier campo de su actuación el Estado ejerza una acción tuitiva a su favor

¹¹¹ “Artículo 104°.- El Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa.”, Constitución política del Perú, 30 de diciembre de 1993.

¹¹² Diurni, Amalia, *Percorsi mondiali di diritto privato e comparato*, Giuffrè editore, Milano. 2008. p. 79.

– artículo V.2 –. Principio de transparencia – artículo V.3 Principio de corrección de la asimetría – artículo V.4 –. Principio de buena fe – artículo V.5 –. Principio de protección mínima – artículo V.6 – Principio pro asociativo, para que el Estado facilite la actuación de las asociaciones de consumidores o usuarios – artículo V.7 –. Y principio de primacía de la realidad – artículo V.8 –.

Llama la atención – más allá de la votación unánime del Congreso y el modelo de racionalidad social del *homo oeconomicus* que se desarrolla en el Código como gestor de la información relevante – es la mención en los artículos 1 y 2, del marco de referencia encuadrado en la economía social de mercado, como justificación legitimante: Artículo I – Contenido. “*El presente Código establece las normas de protección y defensa de los consumidores, instituyendo como un principio rector de la política social y económica del Estado la protección de los derechos de los consumidores, dentro del marco del artículo 65° de la Constitución Política del Perú y en un régimen de economía social de mercado, establecido en el Capítulo I del Título III, Del Régimen Económico, de la Constitución Política del Perú.*”

– Artículo II. “*(...) En el régimen de economía social de mercado establecido por la Constitución, la protección se interpreta en el sentido más favorable al consumidor, de acuerdo a lo establecido en el presente Código.*”

2.1 AUTORIDAD COMPETENTE Y DERECHO DE LA COMPETENCIA.

Durante el desarrollo de la tesis se ha enfatizado en la consideración ordoliberal de centrarse en el ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, devenidos reducidamente a intereses económicos de los consumidores¹¹³, de modo que los intereses de los consumidores se adicionan al catálogo de tutela de los derechos económicos – y no precisamente al catálogo de los derechos civiles y/o los derechos políticos –. De este modo el ‘derecho de los consumidores’ en la versión liberista se conforma como una especialidad autónoma al interno del Derecho de la Empresa, con marcado carácter corporativo y empresarial¹¹⁴. Vale resaltar que en el elenco constitucional peruano del año 1993, de ‘los derechos sociales y económicos’ no queda contenido el derecho de protección y defensa

¹¹³ Díez-Picazo, Luis y Gullón Ballesteros, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, Tecnos, Madrid, Volumen I. 1984. p. 375.

¹¹⁴ Díez-Picazo, Luis, *¿Una nueva doctrina general del contrato?*, en Revista del Instituto Peruano de Estudios Forenses, N° 1, Lima, junio 1995. p. 49.

de los intereses del consumidor. Esta cuestión, propia de la actividad económica, queda relegada a ser una cuestión de intereses de los consumidores y usuarios que debe quedar garantizada meramente a través del acceso a la información – Artículo 65 de la Constitución política peruana – como única vía de resolución de las ‘asimetrías sociales’¹¹⁵.

El ordenamiento jurídico peruano es elocuente en esta consideración liberista por tres motivos, dos de ellos ya enunciados – La justificación de la promulgación del Código de Protección y defensa del consumidor, al interno del modelo económico constitucional de ‘economía social de mercado, establecido en el artículo 58 de la Constitución política; y como segundo motivo el reconocimiento constitucional de los ‘intereses’ de los consumidores, al interno del Título III – Del régimen económico – en el artículo 65 de la Constitución política. El tercer motivo se encuentra precisamente en la redacción del Código de Protección y defensa del consumidor, por cuanto establece la determinación de la competencia primaria para conocer de las infracciones en las relaciones contractuales de consumo, en el órgano que rige y vela por el correcto funcionamiento de la competencia del mercado – INDECOPI – . La cuestión viene desarrollada de la siguiente manera:

Artículo 105º– “Autoridad competente –El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) es la autoridad con competencia primaria y de alcance nacional para conocer las presuntas infracciones a las disposiciones contenidas en el presente Código, así como para imponer las sanciones y medidas correctivas establecidas en el presente capítulo, conforme al Decreto Legislativo núm. 1033, Ley de Organización y Funciones del Indecopi. Dicha competencia solo puede ser negada cuando ella haya sido asignada o se asigne a favor de otro organismo por norma expresa con rango de ley.”

El análisis que se propone, consiste entonces en dejar demostrado que el Código de Protección y defensa del consumidor peruano, promulgado en agosto del año 2010, queda supervisado por el órgano administrativo responsable de velar por el buen funcionamiento de la competencia empresarial. En términos claros, se propone exponer aquello que es una verdad de *perogrullo*, en cuanto evidenciar el carácter instrumental que tiene el consumidor y la protección de sus intereses para el buen

¹¹⁵ Para ver una opinión contraria: “Al contrario, consideramos que, independientemente del catálogo de derechos fundamentales que contiene el art. 2 de la Constitución, y que toma a la persona como ser humano de sustento, pretexto y eje de los mismos, en el caso del art. 65 se toma al consumidor como basamento de los derechos que la Carta consagra. Y esa consagración, en nuestra opinión, significa una incontrastable constitucionalización de los derechos más importantes del consumidor: salud, seguridad, información.”, Vega Mere, Yuri, *Contratos de Consumo. (Estudio sobre el derecho del consumidor)*, cit., p.110.

funcionamiento del sistema económico fundado sobre la ley de la competencia, la oferta y la demanda, la libertad de empresa y el respeto a la propiedad privada. Y todo ello de la manera más descarnada y explícita con que lo expone el Código por su carácter ordoliberalista, aupado por la actividad *giurisprudenziale* que realiza el Tribunal constitucional peruano.

La primera cuestión a resaltar es aquella en la cual, en términos puramente formales, un Código votado y aprobado por el órgano que representa la soberanía nacional y en virtud del modelo de la economía social de mercado, quedó supeditado en primera instancia al control administrativo del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI –, que a su vez se había constituido en virtud del Decreto Legislativo número 25868, del año 1992, promulgado durante el período de crisis de transición dictatorial provocado por el autogolpe de Estado *fujimorista*.

En relación directa con el punto anterior, se puede exponer que el Decreto Legislativo núm. 1033 – Ley de Organización y Funciones del INDECOPI –, al igual que el Decreto Legislativo No. 1034 – Ley de represión de conductas anticompetitivas – ambos del año 2008 y actualmente vigentes, fueron promulgados en virtud de la ley No. 29157 por la cual el Congreso de la República habilitó extraordinariamente al Poder Ejecutivo para que legislara durante un tiempo de 180 días ¹¹⁶, en cuanto a la mejora del marco regulatorio y las competencias del Estado en virtud de las obligaciones contraídas con la firma del Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos de América y la República del Perú¹¹⁷. En este sentido el artículo 2 de la ley No. 29157 estableció: “*El contenido de los decretos legislativos se sujetará estrictamente a los compromisos del Acuerdo de Promoción Comercial Perú–Estados Unidos y de su Protocolo de Enmienda, y las medidas necesarias para mejorar la competitividad económica para su aprovechamiento, sin perjuicio de la observación de las disposiciones constitucionales y legales que, sobre delegación de facultades legislativas, se citan en el artículo 1*”.

¹¹⁶ “Artículo 104°.- El Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa.”, Constitución política del Perú, 30 de diciembre de 1993.

¹¹⁷ “Por Cuanto: Que, de conformidad con lo establecido en el Artículo 104 de la Constitución Política del Perú, mediante Ley N° 29157, Ley que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar sobre diversas materias relacionadas con la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos de América, y con el apoyo a la competitividad económica para su aprovechamiento, publicada el 20 de diciembre de 2007, el Congreso de la República ha delegado en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, entre otras materias, para la mejora del marco regulatorio, (...)”, Decreto Legislativo N° 1034. El Presidente de la República, 25 de junio de 2008.

Durante el último período de 6 meses por el cual se extendió la delegación extraordinaria de facultades legislativas al poder ejecutivo del Perú ¹¹⁸ – del primero de enero de 2008 al 28 de junio de 2008 –, para implementar las cláusulas del Tratado de Libre Comercio con los EEUU, se promulgaron hasta 99 decretos legislativos con un escaso control del órgano legislativo. Sólo en el último mes fueron aprobados 76 decretos legislativos previo al cumplimiento del plazo en que prescribía la habilitación extraordinaria, y ninguno de ellos – de los 99 decretos – contenía como justificación de legitimación el marco ordenador establecido por la Constitución política peruana del año 1993, en cuanto a la denominación de su sistema económico de ‘economía social de mercado’, sino que tenía su respaldo, únicamente, en la concreción y el cumplimiento del Tratado de Libre Comercio con los EEUU. Situación que por demás pone en evidencia la tendencia actual, que se puede encontrar en la mayoría de los sistemas jurídicos latinoamericanos, de sobreproducción normativa nacional como nota característica de la actividad ministerial y del poder ejecutivo que se sirve de los actos jurídicos de ‘urgencia’ para sustituir al órgano del Parlamento. Situación anteriormente vivida en el Perú durante el período fujimorista de los años 90, correlativa a la apertura de los mercados a la inversión extranjera y a la privatización de los recursos públicos y nacionales – situación similar a la apertura neoliberal de la Argentina, presidida por Carlos Menen a inicios de los años 90 del siglo pasado – ¹¹⁹.

El artículo 1 del Decreto Legislativo No. 1034 – Ley de represión de conductas anticompetitivas, publicado el 25 de junio de 2008 – estableció la relación directa entre la represión de las conductas anticompetitivas y la satisfacción de los consumidores, de la siguiente manera: “*Artículo 1–Finalidad de la presente Ley – La presente Ley prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores.*” De modo que el bienestar de los consumidores, considerado y elevado a la categoría de ‘bien común’ e ‘interés general’ de la sociedad peruana, quedaba supeditado al principio del ‘metro’

¹¹⁸ “Artículo 102°.- *Son atribuciones del Congreso: 1 Dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes. 2 Velar por el respeto de la Constitución y de las leyes, y disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores. 3 Aprobar los tratados, de conformidad con la Constitución.*”, Constitución política del Perú, 30 de diciembre de 1993.

¹¹⁹ Diurni, Amalia, *Percorsi mondiali di diritto privato e comparato*, cit., pp. 79 - 80.

de la eficiencia económica¹²⁰, y ajena completamente a cualquier otra consideración de ‘justicia social’ extra mercado¹²¹.

A modo de comparación con el ‘entorno periférico peruano’, la ley No. 45 de la República de Panamá, del 31 de octubre del año 2007, incluso definió en su artículo 5 la cuestión de la ‘eficiencia económica’ en términos según los cuales no podía estar reñida con el beneficio del consumidor¹²²: “*Artículo 5. Eficiencia económica. Cualquier acto, acuerdo, alianza, asociación, convenio o contrato que genere incremento en la eficiencia económica y no perjudique al consumidor no se considerará que restringe, disminuye, daña, impide o vulnera la libre competencia y la libre concurrencia económica. El agente económico que alegue lo anterior deberá acreditarlo.*” Este tipo de consideraciones y definiciones son propias de un ‘observador económico’ para el cual el derecho no es más que un nexo finalístico y/o instrumental a través del cual el estado realiza una trasposición jurídica de la política económica. Este tipo de consideraciones es propia del pensamiento ordoliberal y de su implementación jurídica: “*Il primo compito del diritto – che è spesso l’unico tenuto presente – è di rendere possibile l’attuazione della politica economica. In tal senso esso si configura come duttile strumento per realizzare in concreto la costituzione economica*¹²³.”

Retomando a la cuestión del Código de Protección y defensa del consumidor peruano, queda la evidencia de que existe un lastre ordoliberal, autoritario y antidemocrático en el ordenamiento jurídico peruano en materia de protección y defensa del consumidor, dado por el triple nexo normativo que vincula la creación del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, en el año 1992 en pleno proceso de transición golpista *fujimorista*, con la aprobación del Decreto Legislativo No. 1033 – Ley de Organización y Funciones del INDECOPI, del 25 de junio del año 2008 –, como resultado de una habilitación extraordinaria dada al órgano ejecutivo

¹²⁰ “*Il perfetto funzionamento dell’economia, l’efficienza produttiva e l’incremento del reddito nazionale non garantiscono di per sé la giustizia sociale.*”, Raiser, Ludwig, *Il compito del diritto privato*, cit., p. 44.

¹²¹ En términos similares se pronunció la Ley No. 45 panameña, del 31 de octubre de 2007, en cuyo artículo 1 estipuló: “*Disposiciones Generales Artículo 1. Objeto. La presente Ley tiene por objeto proteger y asegurar el proceso de libre competencia económica y la libre concurrencia, erradicando las prácticas monopolísticas y otras restricciones en el funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios, para preservar el interés superior del consumidor.*”, Ley No. 45, del 31 de octubre de 2007, publicada en la gaceta oficial digital de la República de Panamá, digital el 7 de noviembre de 2007.

¹²² Ley No. 45, del 31 de octubre de 2007, publicada en la gaceta oficial digital de la República de Panamá, digital el 7 de noviembre de 2007.

¹²³ Raiser, Ludwig, *Il compito del diritto privato*, cit., p. 42.

de gobierno y promulgado con dudoso control legislativo, para implementar las transformaciones normativas necesarias a las adecuaciones impuestas por la firma del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de América, y por último y como tercer eslabón, con la aprobación del Código de Protección y defensa del consumidor del año 2010, aprobado por la unanimidad del órgano legislativo y con fundamento legitimante en la ordoliberal ‘constitución económica’ de la economía social de mercado. De este modo se vuelve a evidenciar las cuestiones reseñadas en las dos primeras partes de la tesis en materia de legitimación, de dominación y de cooperación en el vértice del poder, en tanto se manifiesta el estrecho vínculo existente entre la dictadura y la ausencia de mecanismos democráticos nacionales al momento de la creación de INDECOPI; el neocolonialismo y la dominación extranjera en América Latina a través de los Tratados de Libre comercio, al momento de definir la organización y las funciones del INDECOPI; y por último, los fundamentos normativos y los principios reguladores ordoliberales de la economía social de mercado al momento de la aprobación del Código de Protección y defensa del consumidor peruano.

Siguiendo esta estela, la vinculación directa que existe entre la capacidad competitiva de las empresas y la satisfacción del consumidor, en un mundo globalizado afectado por la crisis de sostenibilidad ambiental y por la crisis de gubernamentalidad, nos traslada a través de los mecanismos cooperativos de la gobernanza global que se implementa a través de acuerdos comerciales como el Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos y el Perú, al concepto del consumo responsable, a la responsabilidad social de las empresas, y al papel que debe jugar el consumidor europeo y occidental en cuanto a la responsabilidad por la promoción de los derechos humanos, y la democracia en los países del Tercer mundo: El consumo como arma política y el consumidor occidental del ‘primer mundo’ como legislador tercermundista ¹²⁴.

Se concluye esta primera cuestión referida a la autoridad competente, reseñando dos aspectos importantes: El Código de Protección y defensa del consumidor peruano quedó contenido en la lógica de la competencia funcional del mercado, de matriz liberista. En este caso particular el acto legislativo ‘ordoliberal’ peruano que aprobó el Código de Protección y defensa del consumidor, quedó contenido en el acto ejecutivo ‘golpista y autoritario’, que perfeccionó los instrumentos jurídicos de la competencia funcional del mercado neoliberal. El consumidor como agente *bisognoso*, no cataláctico y

¹²⁴*Hora de pasar por caja ¿Están los supermercados europeos a la altura de su responsabilidad respecto de las condiciones laborales de los países en vías de desarrollo?*, Informe elaborado por la oficina de *Consumer International* en Londres y forma parte de un proyecto realizado con fondos de la Unión Europea para concientizar a los consumidores sobre el impacto que pueden tener las políticas de las cadenas de distribución comercial sobre la reducción de la pobreza en los países en desarrollo.

co-responsable solidario por los resultados económicos de las empresas, fue elevado a la privilegiada posición de ‘esclavo-soberano’ como aquel destinatario ‘material’ final que – a cambio únicamente del sinalagma de una contraprestación económica – ¹²⁵, adquiere, utiliza y disfruta del producto y/o servicio en el espacio del mercado¹²⁶: Artículo 4 – Definiciones–, Título Preliminar – “*Las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios materiales e inmateriales, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, actuando así en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional*” ¹²⁷.”

Tornando nuevamente a la redacción del Código de Protección y defensa del consumidor, y a la función central destinada al control administrativo del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI – constituido en virtud del Decreto Legislativo número 25868, del año 1992, promulgado durante el período de crisis de transición dictatorial provocado por el autogolpe de Estado, se puede hacer referencia a diversos artículos. El Título VII – Sistema Nacional Integrado de Protección del Consumidor – establece en su artículo 132 la creación del Sistema nacional Integrado de Protección del Consumidor “*como el conjunto de principios, normas, procedimientos, técnicas e instrumentos destinados a armonizar las políticas públicas con el fin de optimizar las actuaciones de la administración del Estado para garantizar el cumplimiento de las normas de protección y defensa del consumidor en todo el país*”. Por su parte, el artículo 133, establece que “*El Consejo Nacional de Protección del Consumidor constituye un órgano de coordinación en el ámbito de la Presidencia del Consejo de Ministros y es presidido por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) en su calidad de Autoridad Nacional de Protección del Consumidor y de ente rector del sistema.*”

¹²⁵ “Hasta hace unas décadas se había concebido al derecho comercial como derecho de la empresa, olvidando que la empresa existe, vive y actúa para llegar, de uno u otro modo, hasta el consumidor y usuario final.”, Farina, Juan, *Defensa del consumidor y usuario*, Astrea, Buenos Aires, 1995. pp. 2 y ss.

¹²⁶ “Ello significa que involucra al consumidor en términos jurídicos como al consumidor material, independientemente de que este último hubiere sido o no el adquirente. Y es que, como bien lo ha dicho el Indecopi en diversos pronunciamientos, la tutela se dispensa al entorno familiar y social del adquirente, entorno que (aun en caso de haberse obsequiado el producto) involucra no sólo al que compra sino al que usa el bien o disfruta del servicio contratado.”, Vega Mere, Yuri, *Contratos de Consumo. (Estudio sobre el derecho del consumidor)*, cit., p.52.

¹²⁷ En términos similares se pronuncia el artículo 1 de la ley argentina de defensa del consumidor. Ley de Defensa del Consumidor, Ley N° 24240, reformada por la Ley 26361. Promulgada el 13 de octubre de 1993.

La ratificación del punto anterior viene expresamente formulada por el artículo 135, del modo siguiente: “*El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), en su calidad de Autoridad Nacional de Protección del Consumidor, ejerce las atribuciones y funciones que le confieren las leyes para velar por el cumplimiento de las disposiciones contenidas en el presente Código, sin perjuicio de las atribuciones y autonomía de los demás integrantes del sistema.*”

El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, en su calidad de Autoridad Nacional de Protección del Consumidor, según el propio articulado del Código, tiene entre otras facultades, aquella de proponer ‘estandarizar’ las fórmulas contractuales que facilitan el comportamiento del mercado y que minimizan los costes de transacción ¹²⁸ – y que por supuesto limitan la capacidad negociadora y limitan *de facto* la autonomía de la voluntad del ‘aceptante’ devenido ‘adherente’– ¹²⁹, a través de la adopción de cláusulas generales de contratación. De este modo el artículo 54 del Capítulo III, del Título II – Contratos – establece lo siguiente: “*Si con motivo de una investigación efectuada en el ámbito de su competencia, sea en el marco del desarrollo de investigaciones preliminares o de los procedimientos a su cargo, el Indecopi detecta un mercado en el que resulta pertinente la aprobación administrativa de las cláusulas generales de contratación, informa de esa circunstancia a la Presidencia del Consejo de Ministros, a la que le corresponde decidir la necesidad de designar una autoridad encargada de ello.*”

54.5 En la aprobación de las cláusulas generales de contratación, la autoridad administrativa identifica las cláusulas abusivas y emite normas de carácter general que prohíben su inclusión en contratos futuros.”

Esta cuestión de la ‘estandarización de las manifestaciones de la voluntad’ en el ordenamiento jurídico peruano, está estrechamente relacionada con las observaciones realizadas en la Segunda parte de la tesis en cuanto a los procesos de privatización y a la centralidad del contrato en un ordenamiento que promueve un tipo de ‘sociedad privada’, en perjuicio de la centralidad de la norma legislativa. Pues

¹²⁸ Alfaro Águila-Real, Jesús, *Las condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 1991. pp. 28 ss.

¹²⁹ “(...) el decaimiento de la libertad jurídica de los contratantes se manifiesta, por lo general, tan sólo en uno de los sujetos de la relación jurídica contractual: en el aceptante que ahora se ha transformado en un simple adherente.”, Vallespinos, Carlos Gustavo, *El contrato por adhesión a condiciones generales*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1984. p.87.

bien, este principio de ‘soberanía del contrato’ en la edificación de un ‘*ordine proprietario*’ está muy bien remarcado en la Constitución política peruana, en su artículo 62 de los Principios generales del régimen económico¹³⁰: “*La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley. Mediante contratos–ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.*” Por lo tanto, la marcada orientación liberista y privatista de la Constitución política peruana del año 1993, tiene un peculiar sabor ‘presidencialista’¹³¹ que matiza el principio liberal de ‘autonomía privada’ de la libertad¹³² con cierto poder ‘ejecutivo’ fuera del alcance del poder legislativo y del más pleno mecanismo democrático de funcionamiento de la sociedad¹³³. Lo cual, tal como se ha desarrollado anteriormente, se corresponde con las cuestiones esenciales del pensamiento ordoliberal que conlleva a la reproducción de las diferencias, lejos de mitigarlas¹³⁴. En este punto, el autor de esta tesis se distancia de la consideración de VEGA MERE¹³⁵,

¹³⁰ Constitución Política del Perú, del 30 de diciembre de 1993.

¹³¹ “Artículo 134°.- *El Presidente de la República está facultado para disolver el Congreso si éste ha censurado o negado su confianza a dos Consejos de Ministros. El decreto de disolución contiene la convocatoria a elecciones para un nuevo Congreso. Dichas elecciones se realizan dentro de los cuatro meses de la fecha de disolución, sin que pueda alterarse el sistema electoral preexistente.*”, Constitución Política del Perú, del 30 de diciembre de 1993.

¹³² “*In ogni caso, dunque, la diseguaglianza non viene eliminata dall’autonomia privata, bensì riconosciuta, se non addirittura presupposta o favorita. I lavoratori, i soci o gli azionisti – certamente gli inquilini o i consumatori - sono liberi di assicurarsi contrattualmente dei vantaggi nei confronti di altri componente del gruppo al momento della costituzione del loro rapporto giuridico.*”, Raiser, Ludwig, *Il compito del diritto privato*, cit., p. 23.

¹³³ “*I tre fattori menzionati, comuni a tutti i presidenzialismi latinoamericani, rendono impossibile o altamente problematico il fisiologico funzionamento di un sistema di checks and balances e rappresentano un significativo elemento di differenziazione rispetto al presidenzialismo nordamericano.*”, Mezzetti, Luca, *L’America latina*, en *Diritto costituzionale comparato*, elaborado por, Carozza Paola, Di Giovine Alfonso, e Ferrari Giuseppe F., Editori Laterza. 2009. p. 472.

¹³⁴ “*Como se ha señalado desde hace varias décadas, el impulso de la masificación contractual que proviene del lado de las empresas tiene dos tendencias: una saludable, que consiste en racionalizar los medios o instrumentos jurídicos de colocación de productos en el mercado, otra, que tiene un efecto concentrador que, al unirse al espíritu de lucro consustancial a la empresa privada, puede llevar al abuso de la posición de predominio en el mercado, al utilizar aquellos mecanismos de racionalización contractual para sacar provecho indebido de ellos*¹³⁴. A lo cual ha de añadirse la ausencia de conocimiento técnico por parte de quienes se adhieren a la *lex contractus* dictada por las corporaciones,

en cuanto a considerar el efecto absoluto positivo de la competencia y de la economía de mercado, en cuanto a una disminución de los niveles de concentraciones de poder en la sociedad.

El autor de esta tesis considera que una mirada históricamente sostenida sobre las cifras y los valores relativos de reproducción y de acumulación de la riqueza, acreditan un incremento en los niveles de concentración de capital y de patrimonio por parte del exiguo sector que acapara el poder económico en el Perú. Y por ende, de incremento de las diferencias materiales de existencia.

Vuelve a resaltar en este punto la cuestión de fondo en la crítica a la economía social de mercado, como eslogan ‘cooperativo’ del pensamiento ordoliberal, en cuanto a que promueven la cancelación del antagonismo y del conflicto entre las clases sociales sin cancelar las clases sociales. Pretenden cancelar el conflicto, pero no las diferencias antropológicas de la dicotomía económico-sociales que condiciona propiamente la existencia de las clases sociales. Y para ello se justifican en la sibilina consideración de que las diferencias económicas – y con ello la existencia de las clases sociales –, son necesarias para mantener el desarrollo y la motivación productivista del sistema económico capitalista. De ahí la necesidad de mantener y de proveer organicistamente y biopolíticamente las ‘condiciones mínimas de existencia’ y la defensa de los intereses económicos de los consumidores y usuarios, de modo que el individuo vuelva a *la ruota del mulino* del espacio del mercado. Las libertades económicas y las libertades políticas se encuentran marcadamente separadas – y ‘sólo condicionadas en última instancia’– en el sistema ordoliberal de gestión social.

Por su parte, el artículo 17 del Título I, Capítulo II, del Código de Protección y defensa del consumidor, denominado ‘Información a los consumidores’, establece en sede de ‘Protección del consumidor frente a la publicidad’, lo siguiente: “*La Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del Indecopi es la autoridad encargada en forma exclusiva y excluyente para conocer en primera instancia la verificación del cumplimiento de las normas que regulan la publicidad en*

lo cual ha sido tradicionalmente explotado por éstas.”, Vega Mere, Yuri, *Contratos de Consumo. (Estudio sobre el derecho del consumidor)*, cit., p.24.

¹³⁵ “*Se ha observado, con razón, que la economía de mercado y la competencia reducen el poder económico y, a la postre, el poder social y el poder político generados por aquel, dado que la competencia descentraliza y cuestiona el poder, pero no lo elimina (añadiríamos nosotros). La competencia tendría su último fundamento en la libertad de la persona (que sustenta la libertad económica y la política) y, por ello, la ley debe garantizar la autonomía privada con el fin de que los mercados se encaucen mediante la competencia.*” Vega Mere, Yuri, *Contratos de Consumo. (Estudio sobre el derecho del consumidor)*, cit., p.83.

protección del consumidor. Sin perjuicio de ello, las afectaciones concretas y específicas a los derechos de los consumidores a consecuencia de la publicidad comercial constituyen infracciones al presente Código y son de competencia de la Comisión de Protección al Consumidor del Indecopi.” De modo que en sede de publicidad comercial, las distintas ‘comisiones’ al interno del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia se reparten las competencias, de forma exclusiva y excluyente, de protección de los derechos e ‘intereses’ de los consumidores – en términos de KEMELMAJER la publicidad no es informar sino vender, convencer a los consumidores sobre la necesidad de adquirir un determinado producto o servicio –¹³⁶.

Además, el INDECOPI puede, dentro del ámbito de su correspondiente competencia, dictar una o varias ‘medidas cautelares’ – Artículo 109 –. El INDECOPI puede además, de oficio, sancionar las ‘infracciones administrativas’ a que se refiere el artículo 108° con amonestación y multas de hasta cuatrocientos cincuenta (450) Unidades Impositivas Tributarias (UIT). En todo caso “*Las sanciones administrativas son impuestas sin perjuicio de las medidas correctivas que ordene el Indecopi y de la responsabilidad civil o penal que pueda corresponder* – Artículo 110 –. E incluso puede sancionar contra el patrimonio personal de hasta cinco (5) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) “*a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos de dirección o administración según se determine su responsabilidad en las infracciones cometidas* – Artículo 111 –. *Las multas constituyen en su integridad recursos propios del Indecopi* – Artículo 113 –. En todo caso, y en el ejercicio de las atribuciones que explícitamente le han sido conferidas por el Código, en el artículo 114: “*Sin perjuicio de la sanción administrativa que corresponda al proveedor por una infracción al presente Código, el Indecopi puede dictar, en calidad de mandatos, medidas correctivas reparadoras y complementarias*”; para lo cual puede solicitar el auxilio de las fuerzas públicas del ‘*ordine*’: “*El Indecopi está facultado para solicitar a la autoridad municipal y policial el apoyo respectivo para la ejecución de las medidas correctivas complementarias correspondientes* – Artículo 116 (f) –.

Por último, y no menos importante, en virtud de aquel pensamiento *foucaultiano* en cuanto a las prácticas biopolíticas y bioeconómicas vinculadas al control y a la estadística, el artículo 119 establece un Registro de infracciones y sanciones: “*El Indecopi lleva un registro de infracciones y sanciones a las disposiciones del presente Código con la finalidad de contribuir a la transparencia de las*

¹³⁶ Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Publicidad y consumidores*, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, N° 5, Separata, Rubinzal-Culzoni Editores. p. 85.

transacciones entre proveedores y consumidores y orientar a estos en la toma de sus decisiones de consumo.”

De este modo se concluye este apartado ratificando lo expuesto al inicio. El ‘derecho del consumidor’ se integra y se asimila funcionalizadamente por el derecho de la competencia como mecanismo de dirección política regido por la soberanía del mercado. Sin lugar a dudas que los ‘códigos de protección al consumidor’ tienen un rol importante en la concepción liberista de la ‘constitución económica’ ordoliberal, como modo de gestión y ‘planificación’ de la sociedad integral. En el caso particular de Perú, coincide centralizadamente en la misma institución administrativa – INDECOPI – tres cuestiones importantes y tendencialmente incompatibles: La primera es la tutela de los intereses y los derechos de los consumidores y usuarios consagrados en el Código de Protección y defensa del consumidor, en concordancia con lo establecido en la Constitución política; La segunda es la resolución de conflictos entre los consumidores y usuarios contra los productores y proveedores de servicios, según el referido Código; y la tercera cuestión es la represión de conductas anticompetitivas, en virtud del Decreto Legislativo presidencial No. 1034¹³⁷, de promoción comercial según el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de América.

Esta situación – integración de normas de protección al consumidor y defensa de la competencia – no se presenta como una novedad en la ‘periferia’ latinoamericana. Ya desde el año 1993 la República Federal Argentina, con uno de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos más completos en esta materia, se pronunciaba en términos de integración de la normativa de la competencia y de la protección al consumidor, y de la preeminencia del principio a favor de una interpretación favorable al

¹³⁷ “TÍTULO IV - DE LAS AUTORIDADES DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA -. Artículo 13.- Las autoridades de competencia.- 13.1. En primera instancia administrativa la autoridad de competencia es la Comisión, entendiéndose por ésta a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI. 13.2. En segunda instancia administrativa la autoridad de competencia es el Tribunal, entendiéndose por éste al Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual del INDECOPI.”, DL N°. 1034.

consumidor¹³⁸. En términos similares fue promulgada la Ley panameña No. 45, denominada ‘Normas sobre la protección al consumidor y defensa de la competencia’¹³⁹.

El Tribunal Constitucional peruano, sobre esta cuestión – integración de normas de protección al consumidor y defensa de la competencia – ha tomado posición en varias ocasiones. En una interesante sentencia del año 2005 y en un proceso de potestad constitucional sobre la jurisdicción administrativa del INDECOPI, en sede del conflicto alternativo entre sancionar a una empresa por presunta competencia desleal o privilegiar los derechos de los consumidores en su condición de propietarios de bienes adquiridos en el proceso del mercado, se pronunció en términos ordoliberales del siguiente modo, imponiendo un límite a la libertad de competencia y protegiendo la propiedad privada del consumidor: *“e) En la alternativa de ver sancionada a una empresa por una presunta competencia desleal y la de privilegiar los derechos que les asiste a los consumidores como propietarios de un envase cuyo producto original libremente adquirieron y posteriormente consumieron, este Colegiado no encuentra término medio. Son indefectiblemente estos últimos quienes merecen la protección o el privilegio de ponderar en su favor, pues, de otro modo, se llegaría al absurdo que las reglas del mercado se colocarían por encima de la protección a la persona, en abierto desconocimiento de la lógica proclamada desde el artículo 1º de nuestra Norma Fundamental. La Constitución contiene reglas explícitas en torno a la libre competencia que no admiten discusión, pero de allí a pensar que las normas que regulan tal libertad pueden ser interpretadas aisladamente y que el status de los consumidores debe limitarse a un papel absolutamente pasivo dentro del marco de las relaciones económicas, hay una enorme distancia que este Tribunal no puede ni debe ignorar. f) Queda claro, en todo caso, que el rol de consumidor es para ser desempeñado como tal, al igual que el de propietario forzoso de los bienes que acompañaron al producto consumido. En ese sentido, la facultad de libre disposición a la que se refiere este Tribunal no es para comercializar los envases con fines lucrativos, sino con propósitos estrictamente personales de uso y libre disposición. Por consiguiente, no es igual*

¹³⁸ “Artículo 3º — Relación de consumo. Integración normativa. Preeminencia. — Relación de consumo es el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario. Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, en particular la Ley N° 25.156 de Defensa de la Competencia y la Ley N° 22.802 de Lealtad Comercial o las que en el futuro las reemplacen.”, Ley de Defensa del Consumidor N° 24240, reformada por la Ley 26361. Promulgada el 13 de octubre de 1993.

¹³⁹ “Artículo 84. La Autoridad. La Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia es una entidad pública descentralizada del Estado, con personería jurídica propia, autonomía en su régimen interno e independencia en el ejercicio de sus funciones.”, Ley No. 45, del 31 de octubre de 2007, publicada en la gaceta oficial digital de la República de Panamá, el 7 de noviembre de 2007.

que los consumidores decidan usar o vender los envases o recipientes en tanto son de su propiedad (lo que es absolutamente lícito), que decidir ellos mismos comercializar con productos nuevos en su interior como si se tratara de otro que se desea introducir en el mercado. La protección que este Tribunal reconoce a los consumidores se limita a su rol de destinatario fundamental del modelo económico como usuario final de los productos ofertados en el mercado, quienes, como ha quedado establecido, no deben ver privado o limitado su derecho de disponer libremente de su propiedad¹⁴⁰.”

2.2 LA ASIMETRÍA INFORMATIVA Y DERECHO DE LA INFORMACIÓN.

En cuanto a su realización material, el Código de Protección y defensa del consumidor peruano – “*reduciendo la asimetría informativa*”–, sustancialmente se agota en resolver la cuestión de la asimetría informativa y proveer de información relevante al consumidor para que realice un ejercicio de elección racional en el espacio del mercado. *A la fine*, e irónicamente, más que un Código de Protección y defensa del consumidor, se asemeja más a un ‘*Código de Protección y defensa de la información del mercado*’.

Esta cuestión está estrechamente vinculada a la consideración del mercado como juego cataláctico en el cual operan dos niveles de reglas para dos agentes de naturalezas diversas, el agente cataláctico y el agente *bisognoso*. La definición de la ‘asimetría informativa’ confirma esta consideración dual sobre el funcionamiento del mercado liberista: “*Asimetría informativa. – Característica de la transacción comercial por la cual uno de los agentes, el proveedor, suele tener mayor y mejor información sobre los productos y servicios que ofrece en el mercado a los consumidores.*” – Artículo 4, Definiciones, Título Preliminar –. De modo que la codicística calificación ordoliberal de la naturaleza del ‘jugador cooperativo’ viene básicamente señalada a partir del activo patrimonial información, sin tener en consideración el real patrimonio material y la capacidad de acción de los agentes involucrados en el mercado. En relación con este punto sobresale la polémica consideración de ‘consumidor’, en términos del profesor Yuri VEGA MERE¹⁴¹, de aquellos ‘microempresarios’ “*que evidencien una situación de*

¹⁴⁰ Ver Sentencia del Tribunal Constitucional, del 17 de enero de 2005. Expediente No. 3315-2004-SS/TC. cit., Los aspectos controvertibles de la decisión cuestionada.

¹⁴¹ “*A nadie escapa que hace muy poco la Sala de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual de dicho organismo emitió la Resolución N° 0422-2003/TDC-INDECOPI (exactamente el 3 de octubre de 2003) con la cual ha extendido el concepto de consumidor a las pequeñas empresas que adolecen de desigualdad informativa en la relación de consumo cuando debido a las necesidades de su actividad empresarial adquieran o utilicen productos, ya sean bienes o servicios, para cuya adquisición o uso no fuera previsible que debieran contar con conocimientos especializados*

*asimetría informativa con el proveedor respecto de aquellos productos o servicios que no formen parte del giro propio del negocio*¹⁴².”

Por demás, la cuestión del principio informador de ‘corrección de las asimetrías’ recogido en el Código, en aras de resolver los desequilibrios entre las partes, se mantiene en la ortodoxia liberista de corrección de la asimetría de la información en aras de hacer eficiente el rol *cuasi* policial del consumidor, como dispositivo humano de selección *darwiniana*: “*Principio de Corrección de la Asimetría. – Las normas de protección al consumidor buscan corregir las distorsiones o malas prácticas generadas por la asimetría informativa o la situación de desequilibrio que se presente entre los proveedores y consumidores, sea en la contratación o en cualquier otra situación relevante, que coloquen a los segundos en una situación de desventaja respecto de los primeros al momento de actuar en el mercado.*” Artículo 4, Definiciones, Título Preliminar –. No se plantea ninguna cuestión sustantiva orientada a resolver o corregir los desequilibrios materiales o estructurales entre las partes de la relación contractual: “*El Estado garantiza el derecho a la información de los consumidores promoviendo que el sector público respectivo y privado faciliten mayores y mejores espacios e instrumentos de información a los consumidores a fin de hacer más transparente el mercado; y vela por que la información sea veraz y apropiada para que los consumidores tomen decisiones de consumo de acuerdo con sus expectativas.*” Artículo VI, Título Preliminar, Políticas públicas –. El profesor VEGA MERE lo expone en los siguientes términos explícitamente funcionales y catalácticos en sentido *hayekiano*: “*En términos económicos, la asimetría informativa eleva los costos de transacción en el mercado, es decir aquellos en los que las partes deben incurrir para llegar a celebrar un contrato que satisfaga de la mejor manera posible los intereses de ambos y tienda a maximizar la utilidad social*¹⁴³.” De modo que privilegiando la igualdad jurídico formal entre los sujetos, a través del mecanismo de la ‘corrección de la información’, y colocando en el centro de la organización de las relaciones jurídicas privadas al ‘contrato jurídico’, se desvalorizan y quedan al margen de la atención,

equiparables a aquellos de los proveedores. Resolución que, si bien se esperaba, contiene, según hemos señalado en este (y otro) trabajo, un exceso en el uso de obiter dicta que desdibuja la ratio decidendi del pronunciamiento. O, cuando menos, ofrece argumentos, inclusive, a favor de la gran empresa para recibir el amparo de la Ley de Protección, abriéndose, de ese modo, una trocha impensada.”, Vega Mere, Yuri, Contratos de Consumo. (Estudio sobre el derecho del consumidor), cit., Nota del autor a la segunda edición.

¹⁴² Artículo 4 – consumidores o usuarios - Definiciones-, Título Preliminar – Código de protección y defensa del consumidor, aprobado por el Congreso de la República peruana, el 12 de agosto de 2010.

¹⁴³ Vega Mere, Yuri, Contratos de Consumo. (Estudio sobre el derecho del consumidor), cit., p.76

las cuestiones relativas a las características socioeconómica de los contrayentes y el carácter jerárquico–potestativo de las relaciones de consumo.

En este apartado se retoma lo expuesto críticamente por muchos juristas – incluido el profesor SOMMA – en cuanto a que el consumidor no es tanto un sujeto a ‘tutelar’ como sí un sujeto a ‘informar’. Esta cuestión ha sido abordada en las dos primeras partes de la tesis en cuanto a la tendencia ordoliberal de resolver los fallos y las desviaciones del mercado a través de garantizar ‘un dispositivo informativo’ lo suficientemente ‘eficiente’ que permita al simbólico modelo humano ordoliberal orientarse en la ‘selva’ del mercado liberista; y con ello, abandonar la posibilidad de cualquier mecanismo ‘intrusivo’ del estado en la búsqueda de dispositivos eficaces de justicia sustantiva y de solidaridad social. El marcado carácter organicista del Estado ordoliberal en cuanto a ser promotor de un tipo de subjetividad individual, propia del *homo economicus* devenido *homo ordoliberal* – por su carácter sistémico –, que sea funcional a los fines del sistema, viene de la mano del artículo 6.3 en sede de las políticas públicas: “*El Estado orienta sus acciones a defender los intereses de los consumidores contra aquellas prácticas que afectan sus legítimos intereses y que en su perjuicio distorsionen el mercado; y busca que ellos tengan un rol activo en el desarrollo del mercado, informándose, comparando y premiando con su elección al proveedor leal y honesto, haciendo valer sus derechos directamente ante los proveedores o ante las entidades correspondientes.*” –Artículo VI, Título Preliminar, Políticas públicas.

El artículo II del Código, denominado ‘Finalidad’, es toda una declaración de intenciones en el cual se vinculan cuatro aspectos: la constitución económica ordoliberal de la economía social de mercado, la intención de reducción de la asimetría informativa, el principio de ‘soberanía del consumidor’ y la protección de sus legítimos intereses: “*El presente Código tiene la finalidad de que los consumidores accedan a productos y servicios idóneos y que gocen de los derechos y los mecanismos efectivos para su protección, reduciendo la asimetría informativa, corrigiendo, previniendo o eliminando las conductas y prácticas que afecten sus legítimos intereses. En el régimen de economía social de mercado establecido por la Constitución, la protección se interpreta en el sentido más favorable al consumidor, de acuerdo a lo establecido en el presente Código.*”

Posiblemente la palabra que más se repita en el texto del Código peruano, sea la palabra ‘información’, y este posiblemente sea el término que más adjetivos diversos reciba en la redacción de todo el texto. Sólo a modo de muestra se presentan subrayados los más significativos: “*La información brindada*

debe ser veraz y apropiada” – Artículo 4, Título Preliminar, Principio de Transparencia –. “Derecho a acceder a información oportuna, suficiente, veraz y fácilmente accesible, relevante para tomar una decisión o realizar una elección de consumo que se ajuste a sus intereses.” – Artículo 1.1 (b), Título Primero –. “La información debe ser veraz, suficiente, de fácil comprensión, apropiada, oportuna y fácilmente accesible, debiendo ser brindada en idioma castellano. –Artículo 2, Capítulo 2, Título Primero –. “(...) información alternativa, que sea gratuita y de fácil acceso para los consumidores.” – Artículo 29 (h), Capítulo 4, Título Primero–. “La remisión a esta fuente de información distinta debe ser clara y expresa.” Artículo 34, Capítulo 4, Título Primero–. “A que se les brinde información veraz, oportuna y completa sobre las características, condiciones económicas y demás términos y condiciones del producto o servicio brindado.” –Artículo 67.4 (a), Capítulo 2, Título Cuarto –. “Información clara y destacada sobre lo que es materia del servicio.” –Artículo70, Capítulo 2, Título Cuarto –. “Que se le brinde por escrito información veraz, oportuna, completa, objetiva y de buena fe sobre las características, condiciones económicas, ventajas y demás términos y condiciones del producto o servicio.” –Artículo74.1, Capítulo 2, Título Cuarto –. “Los proveedores deben implementar y mantener procedimientos para proporcionar la información de manera previa y gratuita a la suscripción de un contrato considerando los aspectos siguientes:”. Artículo77.2, Capítulo 2, Título Cuarto. “La Autoridad Nacional de Protección del Consumidor se encarga de establecer los lineamientos generales de interpretación de las normas para establecer un sistema de información oportuna y eficiente que permita armonizar criterios legales en todas las juntas arbitrales de consumo a nivel nacional. “– Artículo 142, Capítulo 2, Título Siete –.

De modo que a lo largo de todo el texto del Código se pueden encontrar hasta más de 20 adjetivos diferentes para describir el término ‘información’, que viene repetido en más de un centenar de ocasiones. Por ello la irónica observación realizada en el primer párrafo de este apartado, en cuanto a modificar la denominación del Código por la de ‘Código de Protección y Defensa de la información del mercado’, lo cual fuere ajustado a la concepción instrumental y funcional que tienen los legítimos ‘intereses’ de los consumidores y usuarios, en pro de la constante renovación de las condiciones constitutivas de funcionamiento del mercado.

2.3 DEMOCRACIA DEL MERCADO. UN JUEGO ENTRE INTERESES Y DERECHOS.

En la Segunda parte del texto de la tesis se abordaron las diferencias existente entre el mercado liberal, propio de los siglos de la modernidad, y el mercado liberista propio de la época *neomoderna*, para resaltar tanto la agudización del proceso de desocialización de la producción y del mercado, como para resaltar el carácter exclusivo y excluyente del mercado como espacio de satisfacción de las necesidades básicas existenciales, capaz de absorber, *sempre di più*, el universo de las actividades económicas.

De igual modo se resaltó en las dos partes anteriores de esta tesis, el carácter autoritario y antidemocrático del pensamiento ordoliberal y de sus prácticas económicas, tanto por la consideración de sus raíces en la etapa nacionalsocialista alemana, como por su vocación organicista en cuanto a la consideración determinística de los intereses generales y del ‘bien común’ centrado en el funcionamiento liberista del mercado, capaz de instrumentalizar la autonomía individual en aras de la corrección de los fallos sistémicos del mercado. Por demás se demostró, por un lado, que la constitución alemana – Ley Fundamental de Bonn – ha despreciado sistemáticamente la posibilidad de constitucionalización de la fórmula ‘economía social de mercado’ y, por otro lado, quedó demostrado que la economía social de mercado puede ‘florecer’ en espacios políticos carentes de mecanismos de democracia y propios de dictaduras militares y de sistemas autoritarios y militarizados.

Por todo lo anterior, y siempre en la lógica cooperativa ordoliberal de dominación y de reproducción de las diferencias, capaz de fomentar una *durkheimiana* división social del trabajo orgánica a nivel internacional entre estados periféricos y estados centrales capitalistas, que otorguen la necesaria cohesión social al sistema-mundo, el estudio de los Códigos de Protección al consumidor son una herramienta adecuada para poner al descubierto cómo la funcionalización de los intereses económicos de los consumidores pueden literalmente ‘ahogar’ los derechos políticos y civiles de los ciudadanos. Para ello, el mercado debe aparentar ser un lugar ‘democrático’ (Ver principio *pro consumidor*, en el Código de protección y defensa del consumidor, artículo 5), un lugar transparente (Ver principio *de transparencia*, en el referido Código), un espacio de participación ciudadana, de igualdad de trato (Ver principio *de corrección de la asimetría*), de no discriminación (Ver principio *de buena fe*) y de elección racional y responsable (Ver principio *de soberanía del consumidor*). El mercado debe consumir las libertades políticas para generar nuevos espacios de libertades económicas, debe consumir ‘derechos’ para generar nuevos ‘intereses’, de modo que se reproduzca continuamente las condiciones de existencia del *establishment* y del *status quo*.

En línea con lo anterior – en cuanto el asimilar la esfera democrática de la actividad política en el discurrir de la actividad económica del mercado, en un particular ‘juego de suma cero’ – es particularmente interesante la analogía existente entre el principio *pro operario* que rige en las relaciones jurídicas laborales, consagrado constitucionalmente en el artículo 26.3 de la Carta política vigente: “*Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma*” con la definición del principio *pro consumidor*, consagrado en el texto peruano del Código de Protección y defensa del consumidor, el cual expone en las definiciones de su artículo V.2 que “(...) *En proyección de este principio en caso de duda insalvable en el sentido de las normas o cuando exista duda en los alcances de los contratos por adhesión y los celebrados en base a cláusulas generales de contratación, debe interpretarse en sentido más favorable al consumidor.*” En este punto vale la pena retomar el discurso sostenido en el apartado 3.3 de la Segunda parte – Apuntes marxistas de la cooperación ordoliberal – en cuanto a las consideraciones de ROMAGNOLI sobre la centralidad de la condición laborativa del ciudadano ¹⁴⁴, a inicios del 900 del siglo XX, y acto seguido valorar las consideraciones del profesor SOMMA en cuanto a la pérdida de centralidad de la condición laborativa y la asunción a favor de la actividad de consumo como condición activa de inserción al *ordine* como forma de *cittadinanza* ¹⁴⁵, para concluir finalmente con las consideraciones de Petel REICHEL en cuanto a la conversión de la política como algo estético a lo cual se había dedicado el fascismo ¹⁴⁶.

En este sentido, el Código de Protección y defensa del consumidor, peruano, en directa relación con el *Principio Pro Asociativo* definido en el artículo 5 del Título Preliminar – *El Estado facilita la actuación de las asociaciones de consumidores o usuarios en un marco de actuación responsable y con sujeción a lo previsto en el presente Código* – define en su Título Preliminar, artículo 4.6, a las Asociaciones de Consumidores del siguiente modo: “*Son organizaciones que se constituyen de conformidad con las normas establecidas para tal efecto en el Código Civil. Su finalidad es proteger, defender, informar y representar a los consumidores y usuarios, pudiendo interponer ante las autoridades competentes reclamos y denuncias a nombre de sus asociados y de las personas que hayan otorgado poder a su favor, así como en defensa de intereses difusos o colectivos de los consumidores, con sujeción a lo previsto en el presente Código.*” Además, define el comentado

¹⁴⁴ Romagnoli, U., *Desde el estado del bienestar hacia el estado del malestar?* Disponible en, www.fundacionsindicaldeestudios.org/comunes/temp/recursos/99928/857446.pdf

¹⁴⁵ Somma, Alessandro, *Economia di razza. Dal fascismo alla cittadinanza europea*, cit., p. 15.

¹⁴⁶ Reichel Petel, *La hermosa apariencia del Tercer Reich*, cit., p. 78.

principio de ‘soberanía del consumidor’ en los términos más instrumentales y ordoliberales posibles según los intereses de funcionamiento del mercado; su artículo 5 lo recoge del siguiente modo: *“Principio de Soberanía del Consumidor. – Las normas de protección al consumidor fomentan las decisiones libres e informadas de los consumidores, a fin de que con sus decisiones orienten el mercado en la mejora de las condiciones de los productos o servicios ofrecidos.”* De modo que la positivización del principio de soberanía del consumidor es elocuente en cuanto al papel ‘activo’ del consumidor en el mecanismo *darwiniano* de selección y de formación de precios. Y por demás, el Estado ordoliberal estimula y promueve como parte de sus políticas públicas ‘la conformación de relaciones equilibradas de consumo’ a través de la corporativización de los consumidores como segmento diferenciado de la población: *“El Estado promueve la participación ciudadana y la organización de los consumidores en la protección y defensa de sus derechos. En tal sentido, estimula la labor que desarrollan las asociaciones de consumidores, a fin de que contribuyan al mejor funcionamiento y a la conformación de relaciones equilibradas de consumo.”* – Artículo 6.7 – Políticas públicas; Título Preliminar –.

En relación con lo anterior, en cuanto a crear y recrear las condiciones prácticas de funcionamiento ordoliberal del ‘mercado de la democracia’, no se puede descuidar el mecanismo subsidiario de la solidaridad tal cómo se había expuesto en la Segunda parte del texto de la tesis, en cuanto a ser una solidaridad gradual, estar atada al mecanismo fiscal y requerir que el sujeto se halle inmerso en un estado de necesidad – estado bioeconómico individual óptimo para recibir la acción subsidiaria de caridad y de misericordia de la cual esta imbuida la concepción católica de la economía social de mercado – ¹⁴⁷. En este sentido, el Código se expresa en puros y vacíos términos ordoliberales, valorizando adecuadamente el mecanismo informativo como vía de resolución y de superación de la

¹⁴⁷ Para ver una declaración políticamente correcta del Tribunal constitucional peruano, en sede de prestación de servicios públicos de transporte, en cuanto a la relación existente entre el principio director de la subsidiariedad y el principio subsidiario de la solidaridad: *“68. En efecto, la medida adoptada es idónea para los fines establecidos, puesto que en una economía social de mercado, la subsidiariedad no excluye a la solidaridad como principio, encontrándose este directamente relacionado con la naturaleza misma del Estado Social y Democrático de Derecho y se derivada del principio-derecho de dignidad del artículo 1° de la Constitución. Cuando el Estado interviene en este sector liberalizado al mercado, no le impone una carga directa a los transportistas, sino que, siendo la tarifa fijada en oferta y demanda, se determina que a través del propio mercado sea donde finalmente se equilibre la carga, distribuyéndola entre el resto de los usuarios en base al principio del Estado solidario.”*, Sentencia del Pleno del Tribunal constitucional peruano, de fecha 15 de febrero del año 2005. Expediente 00034-2004-PI/TC.

vulnerabilidad estructural provocada por la pobreza y la ‘pobreza extrema’¹⁴⁸: “*El Estado reconoce la vulnerabilidad de los consumidores en el mercado y en las relaciones de consumo, orientando su labor de protección y defensa del consumidor con especial énfasis en quienes resulten más propensos a ser víctimas de prácticas contrarias a sus derechos por sus condiciones especiales, como es el caso de las gestantes, niñas, niños, adultos mayores y personas con discapacidad así como los consumidores de las zonas rurales o de extrema pobreza.*” – Artículo 6.4 – Políticas públicas; Título Preliminar –.

Para que el mercado se conforme como espacio democrático, las reglas que lo rigen deben incluir la cuestión de la no discriminación por motivo de raza, sexo, opinión, religión o condición económica. Por ello el Capítulo V – Protección de los intereses sociales y económicos – del Título Primero, del Código peruano de Protección y defensa del consumidor, establece en su artículo 38 la prohibición de discriminación de los consumidores: “*Los proveedores no pueden establecer discriminación alguna por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole, respecto de los consumidores se encuentren estos dentro o expuestos a una relación de consumo.*” Redacción análoga a la establecida en el artículo 2.2 del texto constitucional, referida a los derechos fundamentales de la persona, en cuanto a que toda persona tiene derecho a: “*A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.*” Y similar a lo expuesto anteriormente, en cuanto al reconocimiento y reducción de las ‘libertades ‘ a ser meras ‘oportunidades’ ordoliberales ¹⁴⁹, en un Estado que ha dejado de ser una república fundada sobre el trabajo, tal como lo consignaba el artículo 79 de la Constitución política del 12 de julio de 1979, para actualmente consignar en el artículo 26.1 de la Constitución política del año 1993, en sede de principios que rigen las relaciones jurídicas laborales, el principio de la “*Igualdad de oportunidades sin discriminación.*” De algún modo se repite la

¹⁴⁸ “*El consumidor latinoamericano, es buscador experto de precios bajos, y oferta, sabe comparar productos y ofertas, es decir, sabe encontrar lo que mejor satisfaga su necesidad funcional o afectiva pero al mejor precio. Este consumidor a lo largo de los años se ha hecho más conocedor, exigente, le gusta verse reflejado en la comunicaciones, tomando en cuenta en las estrategias de mercado, comercialización y comunicación.*”, Carballo, David, *El Consumidor latinoamericano*, p. 5. Disponible en, <http://segmento.itam.mx/Administrador/Uploader/material/39-04-El%20consumidor%20latinoamericano.pdf>

¹⁴⁹ “*La Economía Social de Mercado distingue entre una justicia basada en la eficiencia, una basada en el consumo y una en las oportunidades. En esa clasificación se identifica con una justicia basada en la eficiencia y las oportunidades. A diferencia de ello, el neoliberalismo y el Consenso de Washington tienden a privilegiar la justicia de la eficiencia, en tanto que las economías socialistas dan prioridad a la justicia del consumo.*”, Marktanner Marcus, Winterberg Jörg M, *Consenso de Washington vs. Economía Social de Mercado*, cit. p. 107.

analogía y la reducción política de los derechos fundamentales de la persona, consignados en la Norma fundamental peruana, a ser meros derechos e intereses económicos consignados en el Código de Protección y defensa del consumidor.

Por demás, vale la pena resaltar una cuestión particular de derecho comparado entre las normas jurídicas de protección del consumidor, peruana y argentina. Esta última no contempla en la definición de la figura del proveedor la prestación de servicios de profesiones liberales, y deriva su denuncia al gremio corporativo que gestiona la actividad en cuestión¹⁵⁰. Sin embargo, la definición peruana de ‘servicio’ incluye la prestación de servicios profesionales: “*Servicio. – Es cualquier actividad de prestación de servicios que se ofrece en el mercado, inclusive las de naturaleza bancaria, financiera, de crédito, de seguros, previsionales y los servicios técnicos y profesionales. No están incluidos los servicios que prestan las personas bajo relación de dependencia.*” – Artículo 4 – Definiciones–, Título Preliminar –. Y esta última – la definición peruana de ‘servicio’– se corresponde con la definición panameña de proveedor, dada por el artículo 33 de la mencionada Ley No. 45 de la República de Panamá:¹⁵¹ “*Artículo 33. Definiciones. Para efecto de este Título, los siguientes términos se entenderán así: 1. Proveedor. Industrial, comerciante, profesional o cualquier otro agente económico que, a título oneroso o con un fin comercial, proporcione a otra persona un bien o servicio de manera profesional y habitual.*”

Continuando el análisis de conformación liberista del mercado como espacio democrático de realización de las expectativas individuales, no podría faltar el elemento de la justicia procesal en cuanto a ser un mecanismo expedito de resolución de diferendos entre proveedor y consumidor. En este sentido se retoma el discurso sostenido en la Segunda parte de la tesis en cuanto a las cuestiones relativas de la gobernanza, el *soft law* y la economía social de mercado como fórmula *irénica* del pensamiento ordoliberal. Igualmente se retoma todo el discurso sostenido sobre el derecho cooperativo como mecanismo de asimilación y no de emancipación social, y la influencia del *common law* en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos como resultado de la circulación de modelos occidentales, y

¹⁵⁰ “(...) No están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, pero sí la publicidad que se haga de su ofrecimiento. Ante la presentación de denuncias, que no se vincularen con la publicidad de los servicios, presentadas por los usuarios y consumidores, la autoridad de aplicación de esta ley informará al denunciante sobre el ente que controle la respectiva matrícula a los efectos de su tramitación.”, Artículo 2, Ley de defensa del consumidor N°. 24240, reformada por la Ley 26361. Promulgada el 13 de octubre de 1993.

¹⁵¹ Ley No. 45, del 31 de octubre de 2007, publicada en la gaceta oficial digital de la República de Panamá, digital el 7 de noviembre de 2007.

su influencia sobre ordenamientos jurídicos ‘periféricos’, no suficientemente *sui generis* e independientes para conformar una ‘*propria e vera*’ familia particular de Derecho. En este sentido, el artículo 6 del Código de Protección y defensa del consumidor peruano, en sede de ‘políticas públicas’, propia de las funciones que debe cumplimentar un Estado ordoliberal fundado sobre la economía social de mercado, define lo siguiente: “*El Estado garantiza mecanismos eficaces y expeditivos para la solución de conflictos entre proveedores y consumidores. Para tal efecto, promueve que los proveedores atiendan y solucionen directa y rápidamente los reclamos de los consumidores, el uso de mecanismos alternativos de solución como la mediación, la conciliación y el arbitraje de consumo voluntario, y sistemas de autorregulación; asimismo, garantiza el acceso a procedimientos administrativos y judiciales ágiles, expeditos y eficaces para la resolución de conflictos y la reparación de daños. Igualmente, facilita el acceso a las acciones por intereses colectivos y difusos.*” En todo caso, es función del Estado ordoliberal eliminar el conflicto – que no equivale a resolverlo, sino equivale asimilar cooperativamente a la parte débil de la relación contractual – y promover la cooperación al interno de la sociedad, de modo que el mercado funcione lo más orgánicamente posible sin fallas y sin distorsiones, y aquí se incluye la gestión privada de la resolución de conflictos entre proveedores y consumidores.

Para concluir este punto, se puede considerar que de este modo las ‘relaciones de consumo’ en el espacio del mercado, están dotadas de una serie de garantías especiales y particulares que no quedaban debidamente y eficazmente cubiertas por las normas superiores de rango general, como pudieran ser la Constitución política o el Código Civil peruano del año 1984¹⁵²– y de inspiración de la civilística italiana del año 1942¹⁵³. Resulta entonces que a través del Código de Protección y defensa del consumidor, el ordenamiento jurídico funcional al ‘*ordine proprietario*’, agudiza su capacidad de penetración reticular y transversal en el espacio de la sociedad política y civil, adicionando y asimilando en mayor medida los estratos sociales de la población considerados *bisognosi*.

¹⁵² “*Las escasas normas “imperativas” de nuestro Código Civil no sirven, pues, para frenar las arbitrariedades en el mundo de la contratación. No es raro, por ejemplo, hallar contratos en los que una sola de las partes –la más fuerte– se reserva, ella sola, el derecho de desistirse de la relación con la otra a su sola voluntad, sin necesidad de expresar una causa de justificación, y aun cuando no se trate de vínculos a tiempo indefinido, sino más bien sujetos a un plazo determinado.*”, León, Leysser L., *De la admiración a la recepción crítica: el apagado eco de la codificación del derecho privado europeo en América Latina*, Revista de Derecho Privado No. 45, Universidad de los Andes - Facultad de Derecho -, Perú. 2011. p. 17.

¹⁵³ Diurni, Amalia, *Percorsi mondiali di diritto privato e comparato*, Giuffrè editore, Milano. 2008. p. 78.

Básicamente para quedar amparado y tutelado por el Código de Protección y defensa del consumidor, se debe tipificar el elemento subjetivo de la naturaleza de los contrayentes – un agente cataláctico y un agente bisognoso¹⁵⁴ – cuya relación bilateral al interno de un contrato de consumo estará protegida por los mecanismos ‘democráticos, públicos y coactivos’¹⁵⁵ de corrección asimétrica informativa y por el principio ordenador de la buena fe, que informan la realización del contrato y la más plena manifestación ‘inequívoca’ y expresa de la autonomía privada individual¹⁵⁶, protegida tanto constitucionalmente como por el Código Civil peruano¹⁵⁷ – si el proveedor prueba que el bien se usa para fines comerciales, la otra parte sólo podrá valerse de la protección del Código Civil –.

Jurídicamente los derechos ‘ordoliberales’ de los consumidores son derechos ‘irrenunciables’ a imagen y semejanza de los ‘derechos fundamentales’ consagrados en el artículo 5 del Código Civil peruano¹⁵⁸, en la medida que económicamente el agregado consumidor social, como agente activo de ‘selección darwiniana’, no puede ‘renunciar’ a participar en las relaciones de mercado en una ‘sociedad privada de mercado’. El mercado se presenta, tal como había sido expuesto con anterioridad, como espacio exclusivo y excluyente, con pretensiones de absorber toda la actividad económica de la sociedad.

De esta forma, en sede de la justicia social, ordoliberalmente se diluye la causa estructural y sistémica que condiciona la asimétrica distribución material del patrimonio nacional, como punto de partida

¹⁵⁴ “Artículo 45- Contrato de consumo El contrato de consumo tiene como objeto una relación jurídica patrimonial en la cual intervienen un consumidor y un proveedor para la adquisición de productos o servicios a cambio de una contraprestación económica.”, Código de protección y defensa del consumidor, aprobado el 12 de agosto de 2010, Congreso de la República del Perú.

¹⁵⁵ “1.3 Es nula la renuncia a los derechos reconocidos por la presente norma, siendo nulo todo pacto en contrario.”, Título I, Capítulo 1, Código de protección y defensa del consumidor, aprobado el 12 de agosto de 2010, Congreso de la República del Perú.

¹⁵⁶ “Artículo 47º.- Protección mínima del contrato de consumo En los contratos de consumo se observa lo siguiente: a. En los contratos cuyas condiciones consten por escrito o en algún otro tipo de soporte, debe constar en forma inequívoca la voluntad de contratar del consumidor.”, Código de protección y defensa del consumidor, aprobado el 12 de agosto de 2010, Congreso de la República del Perú.

¹⁵⁷ “Artículo 41. (...) No puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario.”, Código Civil peruano, Decreto Legislativo No. 295, publicado oficialmente el 25 de julio de 1984. Artículo vigente conforme a la modificación establecida en el Artículo 1 de la Ley N° 27291, publicada el 24-06-2000.

¹⁵⁸ “Artículo 5.- Irrenunciabilidad de los derechos fundamentales. El derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor y demás inherentes a la persona humana son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión. Su ejercicio no puede sufrir limitación voluntaria, salvo lo dispuesto en el artículo 6.”, Código Civil peruano, Decreto Legislativo No. 295, publicado oficialmente el 25 de julio de 1984.

inicial para el análisis de la distribución *per cápita* del producto interno bruto – PIB – de la economía nacional, y la desigual distribución de la renta nacional. La cuestión cotidiana de la supervivencia de millones de peruanos pobres y extremadamente pobres ‘subconsumidores’, queda presuntamente garantizada ordoliberalmente a partir del mecanismo de corrección informativa, presuntamente garantizada a partir del principio de no discriminación – siempre y cuando tenga medios de pago disponibles – y a partir de la representación colectiva y corporativa que pueden obtener a través de las asociaciones de consumidores, facultadas a presentar denuncias en defensa de los intereses colectivos y difusos ante el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual ¹⁵⁹.

Téngase en cuenta que los grandes problemas que son objeto de la mayoría de denuncias, por parte de los consumidores peruanos, se identifican con el acceso y la calidad de los servicios fundamentales que garantizan las condiciones elementales de vida, a saber: los servicios de agua potable; el servicio del transporte público; las tarifas del servicio de la electricidad y de la telefonía móvil; y la cuestión del acceso al crédito financiero asociado al cobro de comisiones irregulares que practican los bancos peruanos y las filiales corporativas de la banca internacional.

Básicamente estos son los mecanismos ordoliberales para promover la equidad social que quedan contenidos genéricamente en los Códigos de Protección al consumidor – en particular en el caso peruano – a imagen y semejanza del *Bill of right* postmoderno de los consumidores y de sus asociaciones. Los resultados están a la vista en el Informe de Desarrollo Humano 2011, publicado recientemente por las Naciones Unidas. Según este, el Perú se ubica en el puesto 80 en un *ranking* de 187 países, con un IDH de 0.725, y es considerado uno de los países de desarrollo humano alto. Sin embargo, al ajustarse el IDH por el factor desigualdad, se observa una pérdida sobre su valor en un 23.2%, bajando al nivel de país de desarrollo humano medio. ¹⁶⁰: “*Los países con peor desempeño en cuanto a la proporción de pobres multidimensionales con privaciones ambientales se encuentran en distintas regiones, aunque sobresale África Subsahariana. Entre los de peores resultados relativos en*

¹⁵⁹ “Artículo 129º.- *Procedimientos administrativos en defensa colectiva de los consumidores. Las asociaciones de consumidores debidamente reconocidas por el Indecopi están legitimadas para formular denuncias ante la Comisión de Protección al Consumidor y ante los demás órganos funcionales competentes del Indecopi, en defensa de intereses colectivos o difusos de los consumidores o de los potencialmente afectados.*”, Código de protección y defensa del consumidor, aprobado el 12 de agosto de 2010, Congreso de la República del Perú.

¹⁶⁰ Informe de Desarrollo Humano, 2011 – PNUD-. pp. 52 – 53. Disponible en, http://hdr.undp.org/en/media/HDR_2011_ES_Complete.pdf

este aspecto, la falta de capacidad institucional surge como posible explicación. Algunos ejemplos son: • El porcentaje de la población peruana con acceso a agua y saneamiento está entre el más bajo de América Latina. Los avances se han visto restringidos por falta de capacidad institucional y planificación y control de calidad deficientes. Los bajos índices de electrificación rural implican que más de 80% de los hogares rurales dependa de la leña para cocinar. La disponibilidad de combustibles modernos es limitada en muchas de estas zonas debido a la falta de redes de transporte y altos costos iniciales.”

2.4 LA EDUCACIÓN PARA EL CONSUMO. UN DERECHO ORDOLIBERAL IRRENUNCIABLE

La educación para el consumo en la lógica liberista es una cuestión necesaria para el ‘amansamiento’ de las futuras generaciones de consumidores ¹⁶¹, y es una cuestión irónicamente ‘loable’ en términos de sentido común porque permite perfeccionar la eficiencia del consumidor, como dispositivo humano de selección ‘biológica’ de los mejores productos y servicios, en el rol *cuasi* policial de detectar, clasificar y discriminar los agentes económicos catalácticos que deben abandonar el espacio del mercado, y aquellos que deben permanecer porque son compatibles con las condiciones necesarias de reproducción de las condiciones de existencia del mercado. Las normas jurídicas, en sus diversas denominaciones, de protección y defensa del consumidor del Perú, de Argentina y de Panamá coinciden en términos similares sobre la consideración de que constituye una responsabilidad y una función estatal esencial, aquella de educar para el consumo en beneficio propio del consumidor – el Estado *docente* en términos de VEGA MERE – ¹⁶². La Ley panameña lo refleja del siguiente modo: ¹⁶³ “*Formular programas de educación, orientación e información al consumidor, con el propósito de capacitarlo para que pueda discernir y tomar decisiones fundadas de consumo de bienes y servicios, con conocimiento de sus deberes y derechos.*”

La educación para el consumo está estrechamente vinculada a la cuestión cultural y al concepto de hegemonía de GRAMSCI, de modo que al asimilar y al asumir las condiciones de vida al interno del espacio del mercado, el consumidor se convierte en corresponsable directo y consciente de su destino

¹⁶¹ Sloterdijk, Peter, *El hombre operable*, cit., p. 22.

¹⁶² Vega Mere, Yuri, *Contratos de Consumo. (Estudio sobre el derecho del consumidor)*, cit., p. 47.

¹⁶³ Artículo 34, Ley No. 45, del 31 de octubre de 2007, publicada en la gaceta oficial digital de la República de Panamá, digital el 7 de noviembre de 2007.

individual, y también del destino del funcionamiento sistémico. Todo lo cual es el resultado de una educación ordoliberal en la conformación de subjetividades individuales y colectivas, dispuestas a hacer cooperar sus modos de actuar, y no de hacer emancipar sus modos de pensar. Al ‘ordoliberalizar’ el pensamiento individual e instrumentalizar el imaginario colectivo a través del fetichismo del mercado, se anula la capacidad del agente consumidor como sujeto portador del cambio sistémico. No obstante, la actividad de educación del Estado *docente* sigue siendo una cuestión loable en términos de aprender a razonar y de comportamiento ordinario diligente en las múltiples y cotidianas decisiones de consumo, por parte del agregado social *consumista*¹⁶⁴ – *l’idea chiave che l’economia costituisce a tutti gli effetti un settore della cultura, intesa come espressione di valori*¹⁶⁵. En términos *ordocooperativos* – típicamente asimétricos – este discurso de juego de suma positiva de ganar – ganar, permite que el derecho de protección al consumidor legitime el funcionamiento del mercado eficiente, como razón del Estado neomoderno, y garantiza la calculabilidad de los resultados sistémicos a mediano y largo plazo. Bajo estos presupuestos, el ‘sistema productivo’ a través del ordenamiento jurídico, está en condiciones de exigirle al consumidor mayor atención y responsabilidad en la realización de sus decisiones de consumo.

Por todo lo anterior el Código de Protección y defensa del consumidor peruano, presta especial atención a la cuestión de la educación, llegando a definir a los menores de edad como consumidores tutelados que deben recibir un tratamiento diferenciado y paternalista: “*La publicidad dirigida a los menores de edad no debe inducirlos a conclusiones equívocas sobre las características reales de los productos anunciados o sobre las posibilidades de los mismos, debiendo respetar la ingenuidad, la credulidad, la inexperiencia y el sentimiento de lealtad de los menores. Asimismo, dicha publicidad no debe generar sentimientos de inferioridad al menor que no consume el producto ofrecido.*” – Artículo 16° – Publicidad dirigida a menores de edad; Capítulo 2; Título Primero –. En todo caso, el autor de esta tesis considera que tal referencia es una invitación codicística al ‘menor con capacidad de

¹⁶⁴ “*Para el Indecopi, y en particular para la Comisión, según se explica en Los Lineamientos de Protección al Consumidor, toda la normativa de protección al consumidor se encuentra dirigida a proteger a consumidores razonables, es decir, a aquel consumidor que actúa con una diligencia ordinaria previsible en ciertas circunstancias. No se pretende que el consumidor sea un experto o excesivamente exigente y cuidadoso o racional, calculador y frío capaz de analizar cada detalle de las opciones que se le presentan, sino, de una persona que actúa con la diligencia ordinaria que se puede exigir a cualquier persona que realiza una operación de intercambio en el mercado.*”, Vega Mere, Yuri, *Contratos de Consumo. (Estudio sobre el derecho del consumidor)*, cit., p.55.

¹⁶⁵ Raiser, Ludwig, *Il compito del diritto privato*, Giuristi Stranieri di Oggi, Giuffrè editore. 1990. p. 37.

discernimiento’ para establecer ‘relaciones de consumo’ y se inserta en esa estrategia de asimilación desde las más tempranas edades. En definitiva, “*el consumo es el motor de la economía en los países capitalista*”¹⁶⁶ y es el lenguaje de los intereses económicos, y que por demás no lo son los derechos de la infancia ni el devenir de las futuras generaciones. Esta determinación del menor con capacidad de discernimiento para establecer relaciones de consumo, como una categoría especial de ‘sujetos débiles’ al interno de la definición del *status* de consumidor como parte ‘*svantaggiata*’ en una relación contractual, solo ha sido posible a partir de la construcción doctrinal y codicística de la noción ‘neutra’ del consumidor, ahora privado de las connotaciones ideológicas con las cuales emergió a mediados de los años 60 el siglo XX¹⁶⁷. La situación de la infancia en Perú es crítica, así lo abordan los informes internacionales y la descripción de los propios peruanos: “*Es necesaria una reforma integral del estado en política de protección a la niñez y la juventud en el Perú que garantice el desarrollo integral y el bienestar de los niños y niñas del Perú, y la lucha contra la erradicación de la explotación y abuso de niños dentro el respecto a la diversidad étnica, lingüística y cultural*”¹⁶⁸.

Téngase en cuenta que esta protección del Código a este segmento particular de consumidores, se realiza en sede de la publicidad, la cual viene definida por ALPA – que hace referencia a la obra de Edward Hastings CHAMBERLIN – como aquel instrumento de la lucha concurrencial que no hace

¹⁶⁶ Vega Mere, Yuri, *Contratos de Consumo. (Estudio sobre el derecho del consumidor)*, cit., Nota de Julio César Rivera a la Primera edición, año 2000.

¹⁶⁷ Alpa, Guido, *Introduzione al diritto dei consumatori*, cit., p. 10.

¹⁶⁸ “*La explotación infantil en el Perú es un hecho que azota aproximadamente a 2 millones de niños y niñas en el Perú, y se presenta cada vez más alarmante. Estos niños y niñas entre las edades de 4 a 16 años de edad trabajan en micro empresas, talleres informales, tiendas familiares, fábricas de textiles en Gamarra, servicio doméstico, venta de periódicos, venta de dulces, cuidado de carros, cargando bultos, niños payasos, niños cantores, cobradores de microbuses, lustrabotas, prostitución infantil, "trabajo" domestico infantil, lavadores de oro en las minas, chancadoras de piedras, recolectores en basureros públicos, recolectores de hoja de coca, pozas de maceración de coca, y otras labores agrícolas, fábrica de ladrillos y en la modalidad de la mendicidad, son parte de un modelo de economía de subsistencia en donde se dé dedican al comercio ambulante y la venta en las calles en las grandes ciudades. Un reciente reporte revela que el 70% de las mujeres que trabajan en los hogares del Perú son violadas por sus patrones, porcentaje aún mayor entre las menores de edad entre las edades de 8 a 16 años de edad, lo más preocupante de la situación es que los violadores son gente que ocupa importantes puestos en las administraciones públicas, lo que les permite paralizar las denuncias contra ellos e incluso sobornar si es necesario según el reporte. Las víctimas, al no tener un estatus de trabajadoras, es muy difícil probar las agresiones se produjo en el hogar del violador, ya que el patrono niega conocer a la victima para quedar impune y no hay un contrato de trabajo que demuestre lo contrario. Este vacío legal en el sistema de justicia del Perú deja impune el crimen por violación y acoso sexual contra los menores de edad. Es evidente que muchos de los "llamadas trabajadores del hogar son de origen andino, donde el racismo se hace más evidente para administrar justicia en el Perú, por ser una víctima invisible.*”, Gonzales-Lara, Jorge Yeshayahu, *La explotación infantil y el abuso contra la niñez en el Perú y la necesidad de la Reforma del Estado Peruano*, 2009. p.2. Disponible en, <http://www.monografias.com/trabajos74/explotacion-infantil-abuso-ninez-peru/explotacion-infantil-abuso-ninez-peru2.shtml>

referencia a los contenidos del objeto de consumo en cuestión, y más que métodos informativos constituye un conjunto de métodos de manipulación orientados a crear nuevos esquemas de necesidades, transformando los motivos por los cuales el comprador se ‘siente’ forzado a adquirir nuevos bienes y servicios – la publicidad como medio de persuasión más que de información –¹⁶⁹.

Por su parte, desde el propio Título Preliminar, el artículo destinado a las políticas públicas del Estado ordoliberal, define el papel del estado en su función cultural de adoctrinamiento y de amansamiento de las futuras generaciones: “*El Estado formula programas de educación escolar y capacitación para los consumidores, a fin de que conozcan sus derechos y puedan discernir sobre los efectos de sus decisiones de consumo, debiendo formar ello parte del currículo escolar. Para tal efecto, brinda asesoría al consumidor y capacita a los docentes, implementando los sistemas que sean necesarios. Asimismo, puede realizar convenios con instituciones públicas o privadas con el fin de coordinar actividades a favor del desarrollo de los derechos de los consumidores.*” – Artículo 6.5; Título Preliminar –.

Por su parte, también queda recogido en el Código, como parte de las ‘políticas públicas’ del Estado ordoliberal, el carácter transversal y universal de sus acciones orientadas a la protección del consumidor y como corolario inmediato, al funcionamiento del mercado: “*El Estado orienta sus acciones para que la protección al consumidor sea una política transversal que involucre a todos los poderes públicos, así como a la sociedad, y tenga una cobertura nacional que asegure a toda persona tener acceso a los mecanismos de protección de sus derechos, en el marco del Sistema Nacional Integrado de Protección al Consumidor.*” – Artículo 6.11 – Políticas públicas; Título Preliminar –.

Así mismo, el artículo 133, inciso (d), del Título VII del Código, incluye en la composición del Consejo de Protección del Consumidor a un representante del Ministerio de Educación; de este modo la representación institucional queda garantizada.

3. CONCLUSIONES.

La gestión jurídica neomoderna de una sociedad capitalista postindustrial, requiere de la efectiva combinación del derecho de protección y defensa del consumidor y de la eficaz implementación del derecho de la competencia. En este sentido el Tribunal Constitucional peruano desarrolla una actividad

¹⁶⁹ Alpa, Guido, *Introduzione al diritto dei consumatori*, cit., p. 88.

integrativa y conciliadora, correctiva y esclarecedora, capaz de orientar el sentido y el alcance de la adecuada interpretación *ad hoc* de los que debe entenderse por ‘economía social de mercado’.

La República del Perú al denominar formalmente a su Constitución económica como economía social de mercado, se afilia a las consideraciones del pensamiento ordoliberal que concibe a la sociedad como un agregado orgánico que debe ser capaz de sacrificar las libertades y los derechos individuales en aras de las realizaciones generales del sistema, centrado en el metro económico productivista y en el principio de la competencia de mercado como instrumento de dirigismo político.

En esta línea liberista, la continua conversión de los derechos fundamentales constitucionalizados en tutela de los intereses económicos legitimados y funcionalizados, es instrumental a la ampliación de los márgenes del ‘derecho de protección al consumidor’, por cuanto se integra eficazmente a los postulados del orden propietario de la sociedad privada, caracterizado por un derecho de matriz cooperativa con una fuerte impronta autoritaria y determinista, capaz de absorber la contingencia social y de reproducir las condiciones constitutivas de funcionamiento del mercado y las diferencias entre las clases sociales.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

CONCLUSIONES.

El extenso discurso desarrollado como prueba y evidencia del estudio realizado, está llegando a su fin.

La aproximación a la Konrad Adenauer *Stiftung* puede realizarse de innumerables maneras, valorizando las cuestiones positivas y negativas de su actividad en América Latina, tanto como fundación política al servicio de los intereses geopolíticos extranjeros, que como agente de trasplante jurídico ordoliberal, y portador institucional del arsenal conceptual de la *governance* y del *soft law* como mecanismos de dominación postmodernos y postdemocráticos en la neomodernidad latinoamericana – y también en los vastos espacios de su premodernidad –.

En conclusiones y a modo de densa síntesis general de la tesis, he considerado exponer tres párrafos que resuman los resultados de la investigación realizada:

1- La economía social de mercado es una fórmula estratégica, organicista, antidogmática, difusa y contingente, con profundas raíces en el contexto nacionalsocialista alemán – raíces nacionales propias de una herencia cultural autoritaria, que valoriza en primer grado el orden, la estabilidad y la disciplina social –. Esta fórmula, como técnica integral del gobierno de la sociedad, se propone al resto del mundo como alternativa eficiente y eficaz de gestión social, capaz de garantizar la sostenibilidad y la reproducción de las condiciones de existencia del mercado y del modelo capitalista de producción de bienes y servicios a nivel global. La economía social de mercado es la expresión de un constructivismo social racionalista que se presenta como un dispositivo biopolítico y bioeconómico de poder que instrumentaliza las prestaciones sociales como mecanismo de estabilidad social y de pacificación, con lo cual garantiza las condiciones individuales de existencia mínimas a través de las intervenciones de política fiscal de un Estado ordoliberal subsidiario, que interviene sólo sobre el marco jurídico y constitucional de la regulación de los procesos del mercado, evitando la tendencia autofagocitaria del mercado y privilegiando las relaciones jurídicas privadas de intercambio económico sobre la lógica de la justicia conmutativa. El éxito de la circulación del modelo ordoliberal de gestión social radica en la capacidad de la República Federal alemana de mantener el prestigio internacional como ‘locomotora de Europa’, y en la actividad de sus organizaciones internacionales, en particular la fundación política Konrad Adenauer, orientada a la difusión y la exportación de los principios generales del credo

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

ordoliberal. La economía social de mercado, como corriente de pensamiento y de acción, instrumentaliza en sentido orgánico y productivista las libertades económicas individuales propias del pensamiento liberal; y su aplicación se muestra perfectamente propicia como fórmula de transición y consenso en ambientes sociales de crisis, dominados por esquemas no democráticos, autoritarios y militarizados. Una vez ordoliberalizada ‘constitucionalmente’ la Europa continental con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, es muy probable que la acción de germanización se expanda con mayor ímpetu allende las fronteras comunitarias, de modo que el credo ordoliberal legitime, consolide y reproduzca un esquema capitalista global de cooperación asimétrica de división centro – periferia, establecido como mecanismo de dominación hegemónica a nivel internacional. Es probable también que cambie la denominación del modelo económico ordoliberal en la literatura publicista y doctrinal, una vez que se consolide la asimilación del desarrollo sostenible y la gestión internacional de los ‘bienes comunes y los recursos naturales de los países tercermundistas’, iniciará a denominarse ‘economía social y ecológica de mercado’.

2- El Derecho ordoliberal se caracteriza por establecer relaciones cooperativas al interno de la relación jurídica bilateral, de modo que aquel esquema jurídico de conservación del contrato privado se traslade análogamente al espíritu y funcionamiento predecible y calculable de toda la sociedad en su conjunto, a través del diálogo cooperativo entre las clases sociales. La economía social de mercado como modelo de gestión económica se haya escasamente constitucionalizado, de modo que en sede de interpretación y de aplicación de las reglas jurídicas por parte de las Cortes y los Tribunales de justicia, su sola denominación como fórmula con vago contenido social promueve principios de interpretación jurídica y constitucional de carácter orgánico y no individualistas, que privilegia el formante jurisprudencial orientado de manera contingente a la conservación del sistema *quo*. En el esquema del Derecho ordoliberal el principio de la solidaridad redistributiva queda sometido al cumplimiento del principio católico de la subsidiariedad horizontal como mecanismo rector de funcionamiento – y de abstencionismo – del Estado ordoliberal. La cuestión de la justicia social se reduce a las exigencias de la justicia conmutativa, propia de las relaciones jurídicas de naturaleza privada que se establecen en el espacio del mercado concurrencial, de modo que la acción subsidiaria estatal ordoliberal deviene en un mecanismo bioeconómico y caritativo, propicio para auxiliar y asimilar a los individuos que se hallen comprendidos en un estado de necesidad. La vocación cooperativa del Derecho ordoliberal en la conformación de consensos como mecanismo hegemónico de dominación, a través del diálogo

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

horizontal de los agentes sociales estructuralmente asimétricos, le hace perfectamente adaptable a institutos postmodernos y postdemocráticos como la *governance* y el *soft law*, que se apoyan en las estructuras *networks* de las relaciones sociales para conformar el consenso de los intereses privados más fuertes y mejor organizados, consenso necesario para implementar el concepto de Sociedad de derecho privado, tan caro y cercano al pensamiento ordoliberal. El Derecho ordoliberal como mecanismo de regulación de la conducta humana implementa un mecanismo de incentivos jurídicos institucionales orientado a promover el comportamiento eficiente y competitivo del modelo de conducta del *homo ordoliberal*, alineado con la necesidad de estabilidad y de reproducción del sistema económico-productivo como elemento legitimante, de modo que una vez asimilada la masa de consumidores *bisognosi* como cooperadores necesarios para la sostenibilidad del sistema, les sean exigibles determinadas normas de conductas que mejoren el índice de predictibilidad de funcionamiento del sistema económico, concebido en su visión holista organicista.

3- En la República del Perú, las constituciones ordoliberales como fórmulas de transición y de legitimación han sido el fruto de profundas crisis políticas caracterizadas por ambientes sociales militarizados y antidemocráticos. En línea con la operación de trasplante jurídico ordoliberal que estimula una aplicación difusa y heterogénea de su propio y no positivizado *slogan*, la República Federal Alemana ha encontrado en tierras latinoamericanas un espacio fértil de experimentación y de confrontación postcolonial con el modelo estadounidense, siempre al interno de la construcción de un derecho transnacional. La (in)definición doctrinal de la economía social de mercado como concepto abierto, laxo y difuso que se corresponde con su carácter contingente y *ad hoc*, justifica el trabajo jurisprudencial de inserción y de reapropiación ‘periférica’ de los presupuestos teóricos y metodológicos del pensamiento ordoliberal en la conformación y en la reinención de una nueva y exótica ‘tradición jurídica peruana’, dotándola de la autenticidad local y de la legitimidad glocal para la conformación de los estándares del ‘ordine propietario’ y de las condiciones mínimas biopolíticas de existencia humana, en el sentido *foucaultiano* de la conformación de un biodiritto peruano. Particular atención presta el Tribunal constitucional peruano a la conformación jurisprudencial del principio de la subsidiariedad vertical del estado, de modo que definiendo geoméricamente las competencias legislativas y las funciones territoriales de los diferentes entes públicos, cancela la posibilidad de implementación de un Estado interventor en el espacio económico que promueva algún tipo de modalidad de solidaridad horizontal orientada a una mejor redistribución de la riqueza social. De este

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

modo la conformación constitucional del principio de la subsidiariedad en sus dos niveles garantiza el funcionamiento y la aplicación organicista de las políticas y las decisiones ordoliberales, en perjuicio de la conformación de espacios de emancipación individual orientados a la reducción de las diferencias entre las clases sociales. El ‘semiperiférico’ ordenamiento jurídico público peruano y su práctica jurídica en las relaciones del Derecho privado, se alzan como un ‘centro productor y exportador de segundo grado’ del derecho ordoliberal al interno de Latinoamérica, estableciéndose una relación compleja entre el ‘centro germano’ y la ‘periferia peruana’ en la perspectiva de circulación del modelo jurídico ordoliberal. La labor del Tribunal Constitucional peruano en cuanto a darle contenido y expresión a la fórmula ordoliberal viene considerada como una labor de asimilación insertada en las posibilidades de renovación del propio discurso ordoliberal global, enriqueciéndolo, actualizándolo, y consolidando en definitiva el rol hegemónico organicista político/cultural a través de la circulación del modelo jurídico. El Código de Protección y defensa del consumidor peruano, se asemeja más a un ‘*Código de Protección y defensa de la información del mercado*’, orientado a la corrección de la asimetría informativa en aras de hacer eficiente el rol *cuasi* policial del consumidor, como dispositivo humano de selección *darwiniana*. De modo que la positivización del principio de soberanía del consumidor y la educación para el consumo como mecanismo de aculturación para la conformación de una demanda eficiente, ambos contenidos explícitamente en el Código de Defensa y Protección del consumidor, constituyen la expresión normativa del principio católico de la subsidiariedad horizontal que mina las posibilidades de existencia de un Estado social y los define como los mecanismos ordoliberales, por excelencia, para promover la equidad social en cuanto orientados a perfeccionar la eficiencia del consumidor como dispositivo humano de selección de los mejores productos y servicios, en el rol de detectar, clasificar y discriminar los mejores agentes económicos catalíticos que son compatibles con las condiciones necesarias de reproducción de las condiciones constitutivas de existencia del mercado. La educación para el consumo está estrechamente vinculada a la cuestión cultural y al concepto de hegemonía de Gramsci, de modo que al ‘ordoliberalizar’ el pensamiento individual e instrumentalizar el imaginario colectivo a través del fetichismo del mercado, se anula la capacidad del agente consumidor como sujeto portador del cambio sistémico. En términos ordocooperativos – típicamente asimétricos – este discurso de juego de suma positiva de ganar – ganar, permite que el derecho de protección al consumidor legitime el funcionamiento del mercado eficiente como razón del Estado neomoderno, y garantiza la calculabilidad de los resultados sistémicos a mediano y largo plazo. Bajo estos presupuestos conservaduristas del *status quo*, el ‘sistema

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

productivo', a través del ordenamiento jurídico, está en condiciones de exigirle al consumidor mayor atención individual y mayor corresponsabilidad sistémica en la realización de sus decisiones de consumo.

2 CONCLUSIONES EN SENTIDO ESTRICTO.

Esta tesis de investigación, al explorar los límites del pensamiento ordoliberal y las peculiaridades de su circulación y trasplante, a través de la actividad que desarrolla la fundación política Konrad Adenauer en América Latina, concluye que la 'economía social de mercado' como el *enésimo* modelo jurídico-constitucional de gestión social de tercera vía, no es la respuesta adecuada para la solución de los problemas de América Latina. No es cierto que la economía social de mercado tienda, en última instancia, a la coordinación de un régimen de bienestar equitativo a nivel internacional. Antes bien, sucede todo lo contrario, tiende a un modelo de corporativismo organicista con visos autoritarios que reproduce las diferencias sociales, y en última instancia, estaría en grado de instrumentalizar la región latinoamericana en beneficio de su propio interés nacional y en interés de la conservación del *status quo* global, tal como la ha hecho con los países del este y del sur de la Europa comunitaria. En esta línea liberista, la continua conversión de los derechos fundamentales constitucionalizados en tutela de los intereses económicos legitimados y funcionalizados, es instrumental a la ampliación de los márgenes del 'derecho de protección al consumidor', por cuanto se integra eficazmente a los postulados del orden propietario de la sociedad privada, caracterizado por un derecho de matriz cooperativo con una fuerte impronta autoritaria y determinista, capaz de absorber la contingencia social y de reproducir tanto las condiciones constitutivas de funcionamiento del mercado como las diferencias entre las clases sociales.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

3- RECOMENDACIONES.

- 2- Continuar la profundización del estudio sobre la legalidad, la estructura, el funcionamiento y la diversificación de la actividad política ideológica de penetración del pensamiento ordoliberal, que realiza la fundación política Konrad Adenauer en América Latina. Y continuar determinando las consecuencias de su trasplante jurídico.
- 3- Establecer propuestas legales para la elaboración de normas jurídicas de control, que fortalezcan la regulación de la actividad financiera, política e institucional que realizan los entes extranjeros de naturaleza no gubernamental en los países de América Latina, en particular aquellos entes de naturaleza política, por considerar que atentan de manera particular contra varios aspectos de la soberanía nacional y de la independencia política.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA:

ACOSTA IPARRAGUIRRE, Vicente; *La constitución económica en el Perú y en el derecho comparado*; Tesis de opción de doctor en Derecho; Universidad nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia política; Escuela de postgrado; Lima, 2003.

ALFARO AGUILA–REAL, Jesús, *Las condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 1991.

ALONSO, Luis Enrique; *La juventud en el tercer sector: redefinición del bienestar, redefinición de la ciudadanía*; Revista y Estudios de Juventud, n° 45. 1999.

ALPA, Guido; *Introduzione al diritto dei consumatori*; Editorial Laterza, seconda edizione. 2008.

AMBROSINI, Cristina; *Racionalidad estratégica vs. Racionalidad dialógica*; Revista de Estudios de Juventud, INJUVE. 1999.

AMODIO, Claudia; *Nell'occhio del ciclone. La Francia alla prova dei processi di denazionalizzazione del Diritto*. Política del Diritto, volume XL, No. 4. Dicembre. 2009.

ANDERSON, Perry; *Historia y lecciones del neoliberalismo*; Universidad de California, Los Angeles. Versión en español, Alfredo Camelo Bogotá. Revista del centro de estudios del trabajo Deslinde; Colombia. 2007.

AMIN, Samir;

– *Los Desafíos de la Mundialización*. Ed. Siglo XXI, México, D.F., 1995.

– *La desconexión, hacia un sistema mundial policéntrico*, IEPALA, Madrid. 1988.

APEL, Karl Otto;

– *Fallibilismus, Konsentstheorie der Wahrheit und Letztbegründung*, en FORUM FÜR PHILOSOPHIE BAD HOMBURG (Hrsg.), *Philosophie und Begründung*, Frankfurt a.M., Suhrkamp (stw 673) [Traducc. cast.: "falibilismo, teoría consensual de la verdad y fundamentación última"; en *Teoría de la verdad y ética del discurso*, Paidós, Barcelona. 1991.

– *Szientistik, Hermeneutik, Ideologiekritik: Entwurf einer Wissenschaftslehre in erkenntnisanthropologischer Sicht*", en *Wiener Jahrbuch für Philosophie*, Bd. I, 15–45. [Traducc. cast. : "Cientística, hermenéutica y crítica de las ideologías. Proyecto de una teoría de la ciencia desde la perspectiva gnoseoantropológica", en Apel, Karl–Otto, 1973, traducc. cast., vol. II, 91–121; Primera Edición, Editorial Alfa, S.A., Barcelona, España. 1986.

ARENDT, Hannah;

– *La condición humana*; Paidós; Barcelona. 1996.

– *Los orígenes del totalitarismo* (1948). Alianza Editorial. 2006.

BARCELLONA, Mario; *Sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*; en Somma, Alessandro; *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*; G. Giappichelli Editore, Torino. 2007.

BARCELLONA, Pietro;

BIBLIOGRAFÍA

- *Il suicidio dell'Europa. Dalla coscienza infelice all' edonismo cognitivo*; Edizione Dedalo srl, Bari. 2005.
- *Lo spazio della politica. Tecnica e democrazia*. Editori Riuniti. 1993.
- *La strategia della cittadinanza*; Democrazia e Diritto. 1988.
- *A proposito della cittadinanza sociale*; Democrazia e Diritto. 1988.
- *L'uso alternativo del diritto; Tomo I –Scienza giuridica e analisi marxista–*; Editori Laterza. 1973.

BECK, Ulrich;

- *The analysis of Global inequality: From national to cosmopolitan perspective*; en Mary Kaldor, Helmut Anheier y Marlies Glasius (eds.), *Global civil society*; Oxford university Press, Oxford. 2003.
- *La società cosmopolita. Prospettive dell'epoca post nazionale*; Bologna, Il Mulino. 2003.

BERENZON, Gorn Boris; *La re/significaci6ny la historia*; Facultad de Filosofía y Letras. UNAM, México, D.F. 2003.

BLUMER, Herbert; *El Interaccionismo Simbólico: Perspectiva y método*. 1969. Editorial Hora, Barcelona. 1982.

BIN, Roberto;

- *La disciplina dei gruppi parlamentari*; disponible en, <http://robertobin.it/Articoli/gruppi.htm>.
- *Lo Stato di diritto. Come imporre regole al potere*; Il Mulino. 2004.
- *Diritti e fraintendimenti: il nodo della rappresentanza*; en Rivista. "Ragion pratica". 2000.

BOBBIO, Luigi; *La democrazia deliberativa nella pratica*; in Rivista Stato e Mercato, No. 1. 2005.

BOBBIO, Norberto; *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*; Milano, Comunità; 1977.

BOHM, Franz; **EUCKEN**, Walter; Hans **GROBMANN**–Doerth; *The ordo manifesto of 1936*; en A. Peacock; *Germany's Social Market: origins and Evolution*; MacMillan, Londres. 1989.

BOLÍVAR, Jorge; *Estrategia y juegos de dominación. De Marx y Lenin a Perón y Hannah Arendt*; Editorial Catálogos. 2008.

BONILLA, Adrián; **PÁEZ**, Alexei; *Populismo y Caudillaje: Una vieja Historia*; disponible en, <http://www.flacso.org.ec/docs/artpopycrau.pdf>

BORON, Atilio A.; *Estado, capitalismo y democracia en América Latina*. CLACSO, Buenos Aires. 2003.

BOURDIEU, Pierre; *Poder, derecho y clases sociales*; Palimpsesto 6; Bilbao. 2000.

BRÜHL, Tanja; *The privatization of Governanze Systems: On the legitimacy of Environmental Policy*; Paper presented at Global Environment and the Nation State, at Berlin. December, 2001.

BUCHANAN, James, M.; *Freedom in Constitutional Contract*; College station; Texas A&M University Press. 1977.

BIBLIOGRAFÍA

- BUNGE**, Mario; *La relación entre la sociología y la filosofía*. Madrid, EDAF. 2000.
- BURKI**, Shahid Javed; *Más allá del consenso de Washington: la hora de la reforma institucional*; Estudios del Banco Mundial sobre América Latina y el Caribe. Revista Puntos de Vista. 1998.
- CAIRO** Roldán, Omar; *La Economía Social de Mercado en el Perú*; Cuaderno de Trabajo No. 5 Cinseyt – Konrad Adenauer, Lima. 1995.
- CAPITÁN**, Hidalgo; *El Sistema Económico Mundial y la Gobernanza Global*. Málaga, España. Eumed.net. 2007.
- CARBONNIER**, Jean; *Flessibile Diritto. Giuristi stranieri di oggi*; Giuffrè editore. 1997.
- CARDOSO**, Fernando H.; *Autoritarismo e democratização*; Río de Janeiro, Paz e Terra, 1975.
- CARMAGNANI**, Marcello; **CASSETTA** Giovanni.; *America Latina: La Grande trasformazione 1945 – 1985*; Giulio Einaudi editore s.p.a.; Torino. 1989.
- CARMONA**, Sergio I.; *De la retórica no gubernamental sobre la cultura a la cultura no gubernamental*, en Las ONG y la política; Ciencia Política, Istmo. 2002.
- CARNOTA**, Walter, F.; *Globalización y derechos fundamentales*; disponible en, <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1510/12.pdf>
- CASTRO** Orellana, R.; *La ciudad apestada. Neoliberalismo y panóptico*. Revista de ciencia política. v.29 n.1 2009.
- CASUCCI**, Costanzo; *Il fascismo. Antologia si scritti critici*; Bologna. 1962.
- CHIHU**, Amparán A.; **López** Gallego A.; *El análisis de los marcos en la obra de William Gamson*; Revista de Estudios Sociológicos, Volumen XXII, número 002; El Colegio de México; DF. 2004.
- CERRONI**, Umberto; *Il problema della teorizzazione dell'interpretazione di classe del Diritto Borghese*; in, *L'uso alternativo del diritto*; elaborado por Pietro Barcellona, Tomo I –*Scienza giuridica e analisi marxista*–; Editori Laterza. 1973.
- CERVONE**, Lisa, *Principio di sussidiarietà e sistema delle fonti*, Tesi di dottorato di ricerca, Università di Bologna, 2005 – 2006.
- CIANCO**, Adriana; *Partiti politici e gruppi parlamentari nell'ordinamento europeo*; Politica del Diritto. 2007.
- COASE**, Ronald H.; *El problema de los costes sociales*; Journal of Law and Economics, 2. 1960.
- COMBA**, Mario Eugenio; *Diritti e confini. Dalle costituzioni nazionali alla Carta di Nizza*. Edizioni di Comunità. 2002.
- CONILL**, Sancho J.;
- *Horizontes de economía ética. Aristóteles, Adam Smith, Amartya Sen*. Tecnos, Madrid. 2004.
 - *De Adam Smith, al imperialismo económico*; Revista Claves, No. 66. 1996.

BIBLIOGRAFÍA

- *El enigma del animal fantástico*; Tecnos, Madrid. 1991.
- COSTA, Pietro**; *Cittadinanza sociale e diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*; en, *Per la storia del pensiero giuridico moderno. Diritti e lavoro nell'Italia repubblicana*; elaborado por, Gian Guido Balandi e Giovanni Cazzetta. Giuffrè editore, Milano. 2009.
- COTLEAR, Daniel** (editor); *Un nuevo contrato social para el Perú ¿Cómo lograr un país más educado, saludable y solidario?*; Banco Mundial, Oficina de Lima, Perú. 2006.
- COTURRI, Giuseppe**; *L'ideologia della separazione e il recupero dell'analisi del reale*; L'uso alternativo del diritto; elaborado por Pietro Barcellona, Tomo II – Ortodossia giuridica e pratica politica –; Editori Laterza. 1973–.
- CROCE, Benedetto**;
- *Liberismo e Liberalismo*, Milano, Aedphi Edizioni, 1993.
- *La protesta contro il Manifesto degli intellettuali fascisti*; in *Pagine sparse*; Seconda Edizione, II, Bari. 1960.
- CUBEDDU, Raimondo**; *Soft law e hard law nella prospettiva dell'Austro-liberalismo*; en Somma, Alessandro, *Soft Law e hard law nelle società postmoderne*; Torino. 2009.
- CZEMPIEL, Ernst-Otto**; **ROSENAU, James N.**; *Governance without Government: Order and Change in World Politics*. Cambridge; Cambridge University Press. 1992.
- DAHRENDORF, Ralf**; *Sociedad y sociología*. 1963.
- DÍEZ-PICAZO, Luis**;
- *¿Una nueva doctrina general del contrato?*; Revista del Instituto Peruano de Estudios Forenses, N° 1, Lima. 1995.
- **GULLÓN BALLESTEROS, Antonio**, *Sistema de Derecho Civil*; Tecnos, Madrid, Volumen I. 1984.
- *Derecho y masificación social. Tecnología y Derecho privado*, Civitas, Madrid. 1979.
- *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*; Editorial Ariel, Madrid. 1973.
- DIURNI, Amalia**; *Percorsi mondiali di diritto privato e comparato*; Giuffrè editore, Milano. 2008.
- DOMINIK, H. Ernste**; *Una perspectiva ordoliberal de la Economía Social de Mercado. Basado en los "Principios de política económica" de Walter Eucken.*; Economía Social de Mercado; Diálogo Político, Revista trimestral No. 1. 2009.
- DONATI Pierpaolo, COLOZZI Ivo**, *La sussidiarietà: che cos'è e come funziona*, Carocci, Roma. 2005.
- DONG, Lifang**; *Cina*; en, *Percorsi mondiali di diritto privato e comparato*; elaborado por, Amalia Diurni; Giuffrè editore, Milano. 2008.
- DUQUE, Félix**; *En torno al humanismo. Heidegger, Gadamer, Sloterdijk*, Editorial Tecnos, Madrid. 2002.
- DURKHEIM, Émile**; *La división social del trabajo*; Tesis doctoral. 1893.

BIBLIOGRAFÍA

ELSTER, Jon;

- *Tuercas y tornillos Una introducción a los conceptos básicos de las ciencias sociales*, Barcelona, Gedisa, 1991.
- *Juicios Salomónicos. Las limitaciones de la racionalidad como principio de decisión*. Barcelona: Gedisa. 1989.

EPSTEIN, Richard Allen;

- *Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain*. Harvard University Press. 1985.
- *An outline on takings*; The university of Miami law review. 1986.

ERHARD, Ludwig, *La economía social de mercado*, Ediciones Omega, Barcelona. 1964.

ESCOBAR, Arturo, *La invención del Tercer Mundo, Construcción y reconstrucción del desarrollo*; Grupo Editorial Norma, Bogotá. 1996.

EUCKEN, Walter;

- *Fundamentos de política económica*, Ediciones Rialp,. Madrid. 1956.
- *Cuestiones fundamentales de la Economía*; Revista de occidente, Madrid. 1947.

FARINA, Juan; *Defensa del consumidor y usuario*, Astrea, Buenos Aires. 1995.

FELICE, Flavio; *La economía social de mercado. Orígenes, relaciones con la DSI e implicaciones actuales*; p. 4; <http://www.institutoacton.com.ar/articulos/ffelice/artfelice6.pdf>.

FERIGO, Marielena; *Il Bill of Rigths della Costituzione europea*, Università della Calabria. 2002–2003.

FERNÁNDEZ, ROCHA Gabriela; *Relaciones Colombo – Alemanas: Análisis de la Cooperación Internacional en términos de las lógicas de funcionamiento de las fundaciones cercanas a Partidos Políticos. Caso de Estudio: Fundación Konrad Adenauer en Colombia; Universidad Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario, Facultad de Relaciones Internacionales; Bogotá, D.C.; 2009.* Ferrara, G.; *I diritti politici nell'ordinamento europeo*; en Anuario 1999, La Costituzione europea, Atti del XIV Convegno Annuale – Perugia, 7–8–9 ottobre 1999; CEDAM, 2000.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco; *El nuevo ordenamiento constitucional de Perú. Aproximación a la constitución de 1993*; Lecturas sobre temas constitucionales, No. 10, Comisión Andina de Juristas, Lima. 1994.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho y persona. Introducción a la teoría del derecho*, Grijley, Lima, 1998.

FERRAIOLI, Luigi; *Magistratura democratica e l'esercizio alternativo della funzione giudiziaria*; in elaborado por Pietro Barcellona, Tomo I –Scienza giuridica e analisi marxista–; Editori Laterza. 1973.

FERRARA, Gianni, *I diritti politici nell'ordinamento europeo*, en Anuario 1999, La Costituzione europea, Atti del XIV Convegno Annuale – Perugia, 7-8-9 ottobre 1999, CEDAM, 2000.

BIBLIOGRAFÍA

FERRARESE, Maria Rosaria;

- *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*; Il Mulino. 2000.
- *La governance tra politica e diritto*; Il Mulino, Bologna. 2010.
- *Soft Law: funzioni e definizioni*; en, Somma Alessandro, *Soft Law e hard law nelle società postmoderne*; Torino. 2009.

FRIEDMAN, Milton;

- *Capitalism and Freedom*; The University of Chicago Press; 1962.
- **FRIEDMAN, Rose**; *Libertad de elegir: hacia un nuevo liberalismo económico*. Barcelona, Grijalbo. 1980.

FOUCAULT, Michel;

- *Nascita della biopolitica*; Giancomo Feltrinelli Editore, Milano. 2005.
- *Sicurezza, territorio, popolazione. Corso al Collège de France (1977–1978)*; Giangiacomo Feltrinelli Editore. 2005.
- *La gubernamentalidad*; en, *Estética, ética y hermenéutica*. Barcelona, Paidós. 1999.
- *L'ordine del discorso, (1971)*; Giulio Einaudi Editore, spa., Torino. 1994.
- *Microfísica del poder*; Madrid; La Piqueta. 1980.
- *La volontà di sapere*; Giangiacomo Feltrinelli Editore, Milano. 1978.
- *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*; Giulio Einaudi Editore, s.p.a., Torino, seconda edizione. 1976.

GABEL, Peter; HARRIS, Paul; *Building power and breaking Images: Critical Legal Theory and the practice of law*; New York University; Revista Law and Sociology Change; 1982–1983.

GALBRAITH, John Kenneth: *Un viaje por la economía de nuestro tiempo*; Ariel, Barcelona. 1994.

GALGANO, Francesco;

- *Le istituzioni dell'economia capitalistica; Società per azioni, Stato e classi sociali*; Seconda edizione accresciuta; Nicola Zanichelli. 1980.
- *La globalizzazione nello specchio del diritto*; Il Mulino. 2005.

GAMBINO, Antonio; *L'imperialismo dei diritti umani*; Roma. 2001.

GAMBINO, Silvio; *Diritti Fondamentali Europei e Trattato Costituzionale*; Politica del Diritto, No. 1. 2005.

GAMSON, William; *Talking Politics*; Cambridge Press. 1992.

GAMSON, William; WOLSFELD, Gadi; *Movements and media as interacting systems*; Annals of the American Association of Political Science 528. 1993.

BIBLIOGRAFÍA

- GARCÍA MONTERO**, Mercedes; **FREIDENBERG**, Flavia; *Perú*; en, Alcántara, Sáez y Freidenberg, Flavia (editores); *Partidos políticos de América Latina. Países Andinos*; Ediciones Universidad de Salamanca, España. 2001.
- GATTINO**, Silvia; *Representaciones sociales de la solidaridad*; Universidad de Turin; Psicología Política, No. 28. 2004.
- GEORGE**, Susan;
- *Sus crisis nuestras soluciones*; Icaria Editorial, Tercera edición. 2010.
 - *El pensamiento secuestrado. Cómo la derecha laica y la religiosa se han apoderado de Estados Unidos*; Icaria. 2009.
- GHERSI**, Enrique; *La Economía de Mercado*; Editorial Expreso; Lima. 1989.
- GESSNER** Volkmar; *Comparación Jurídica y pluralismo jurídico global*; Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM – www.juridica.unam.mx –. 2002.
- GEUSS**, Raymond; *The idea of a critical Theory: Habermas and the Frankfort School*; Cambridge University Press; 1981.
- GIDDENS**, Anthony; *Consecuencias de la modernidad*; Madrid, Alianza Universidad. 1993.
- GIARO**, Tomasz; *Dal Soft law moderno al soft law antico*; en, Somma Alessandro, *Soft Law e hard law nelle società postmoderne*; Torino. 2009.
- D'AGNOLO**, Gianluca; *La sussidiarietà nell'Unione Europea*, CEDAM, Padova. 1998.
- GOFFMAN**, Erving; *Estigma. La identidad deteriorada*; Amorrortu Editores, Argentina – Madrid. 2006.
- GRAMSCI**, Antonio; *Quaderni del carcere*; Giulio Einaudi Editores. 1975.
- GRANOVVETER**, Mark; *L'azione economica e le strutture sociali: il problema dell'radicamento'*; Economia, politica e società; elaborado por N. Addario y A. Cavalli; Bologna, Il Mulino. 1990.
- GREGOR**, A. James; *The ideology of fascism*; Nueva York. 1969.
- GRIMM**, Dieter; *Una costituzione per l'Europa?*; in, Il futuro de la Costituzione; cui replica J. Habermas, Una costituzione per L'Europa?; Il futuro della costituzione, Giulio Einaudi Editore. 1996.
- GROSSI**, Pietro; *L'Europa del Diritto*; Bari –Roma. 2007.
- GRUNDMANN**, Stefan; *The concept the Private Law Society: After 50 Years of European and European Business Law.*; European Review of private law; Disponible en, http://grundmann.rewi.hu-berlin.de/Publikationen/3.113_The%20concept.pdf
- GRUPPO** di studio sulla giustizia sociale nel diritto privato europeo; *Manifiesto sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*; en, Somma Alessandro; *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*; G. Giappichelli Editore, Torino. 2007.

BIBLIOGRAFÍA

- GUASTINI**, Riccardo; *Fondamenti Teorici del cosiddetto “uso alternativo del Diritto” nel marxismo*; in *L’uso alternativo del diritto*; Tomo II – Ortodossia giuridica e pratica politica –; Editori Laterza. 1973.
- GUILLÉN**, Enrique López; *El Parlamento Europeo*; *Revista de derecho constitucional europeo*, No. 3. 2005.
- HARDT**, Michael.; *La sociedad Mundial de Control*; 2008. Disponible en; <http://www.scribd.com/doc/52679938/Hardt-Michael-La-sociedad-mundial-de-control>.
- HAAS**, Peter M.; *Knowledge, Power and International Policy Coordination*, International Organization. Special Issue. 1ra. ed. Vol. 46. 1992.
- HÄBERLE**, Peter; *Siete tesis para una teoría constitucional del Mercado*; *Revista de Derecho Constitucional Europeo*; No. 5. 2006.
- HAYEK**, Friedrich August;
- *The Counter-Revolution of Science*, Liberty Press, Indianapolis. 1979.
 - *Camino de servidumbre*, Madrid, Alianza Editorial. 1978.
 - *Derecho, legislación y libertad*; Madrid, Unión Editorial. 1973.
- HERF**, Jeffrey; *El modernismo reaccionario*; FCE , México. 1986.
- HESSE** Konrad; *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid. 1984.
- HIDALGO** Capitan, A. L.; *El Sistema Económico Mundial y la Gobernanza Global*. Málaga, España. Eumed.net. 2007.
- HIGGOTT**, Richard A., **GEOFFREY** Underhill; **BIELER**, Andreas; *Non State Actors y Authority in the Global System*; London and New York; Routledge. 2000.
- HILLEBRAND**, Ernst; **OPTENHÖGEL**, Uwe; *Mediadores en un mundo sin fronteras. Sobre el papel de las fundaciones políticas alemanas en la política exterior*; *Revista Nueva Sociedad*, No. 176; Chile; p. 140. Disponible en, <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/chile/01893.pdf>
- HINKELAMMERT**, Franz J.; **DUCHROW** Ulrich.; *Property for People, Not for Profit: Alternatives to the Global Tyranny of Capital*. Progresso. 2004.
- HOBBS**, Thomas; *Leviatán*. Ediciones Libertador, Buenos Aires. 2004.
- HOFFMANN**, Andreas; **KÖHLER**, Ekkehard A.; *Causes and Regulatory Consequences of the Financial Markets Crisis*; en *60 years of social market economy. Formation, Development and Perspectives of a Peacemaking Formula*; Christian L. Glossner David Gregosz (Eds.); Konrad-Adenauer-Stiftung. 2010; disponible en, http://www.kas.de/wf/doc/kas_20040-544-2-30.pdf&100630164654.
- HOMANS**, George Caspar; *Social Behavior as Exchange*. *American Journal of Sociology*. 1958.
- IRTI**, Natalino;
- *L’ordine giuridico del mercato*; Laterza, Roma – Bari, 1998; en Somma, Alessandro; *economia di razza. dal fascismo alla cittadinanza europea*; Ombre Corte. 1998.

BIBLIOGRAFÍA

- *Norma e luoghi. Problemi di geo–diritto*; Roma – Bari, Laterza. 2001.
- JAYME Erik**; Emerico Amari (1810 – 1870). *Diritto Comparato e Teoria del Progresso*; Rivista di Diritto Civile. 1979.
- KAGAN, Robert**; *Of paradise and power: America and Europe in the New World Order*; New York: Alfred A. Knopf. 2003.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída**; *Publicidad y consumidores*; en Revista de Derecho Privado y Comunitario No. 5, Separata, Rubinzal–Culzoni, Editores.
- KENNEDY, Duncan**; *A Culture pluralist Case for affirmative action in legal academia. 1990.* Disponible en, <http://duncankennedy.net/documents/Photo%20articles/A%20Cultural%20Pluralist%20Case%20for%20Affirmative%20Action%20in%20Legal%20Academia.pdf>
- KENNEY, CHARLES**; *Por qué el autogolpe? Fujimori y el Congreso*; Kellogg Institute for International Studies, University of Notre Dame; en, Tuesta Soldevilla, Fernando; *Los enigmas del poder. Fujimori 1990 – 1996.* Fundación Friedrich Ebert; Lima, Perú. 1996.
- KIRZNER, Israel Meir**; *Discovery and the capitalism process*; Chicago; The Chicago University Press. 1985.
- KOHÁN, Néstor**; *La gobernabilidad del capitalismo periférico y los desafíos de la izquierda revolucionaria. Crisis orgánica y revolución pasiva: el enemigo toma la iniciativa*; en *Rebelión.*– 2006; Disponible en, <http://www.rebellion.org/noticia.php?id=40194>.
- KOLEV, Stefan**; *Hayek as an Ordo–Liberal*; University of Hamburg / HWWI Wilhelm–Röpke–Institut, Erfurt. 2010.
- KORNHAUSER, William.**; *Aspectos políticos de la sociedad de masas*; Amorrurtu, Buenos Aires. 1969.
- KOSIC, Karel**; *Dialéctica de lo concreto*, México, Grijalbo, 1976.
- KOSKENNIEMI, Martti**; *La gobernación global y el Derecho Internacional Público*; Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época. Vol. 7. T. 1. 2006.
- KRESALJA, Roselló Baldo**; *Perú: consideraciones constitucionales y legales sobre la competencia económica*; Pensamiento Constitucional Año XII n. 12; Fondo editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.
- LAZCANO GUTIÉRREZ, Ivan**, *El ordoliberalismo alemán y la Economía Social de Mercado.* Tesis. Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, UNAM, México, 2008.
- LASH, Christopher**; *La ribellione delle élite. Il tradimento della democrazia*; Milano, Feltrinelli; 1995.
- LARRÉGOLA, M. E.**; *Marketing con causa*; Fundación Empresa y Sociedad, No. 4; 1998.
- LAUER, Mirko**; *Los partidos políticos peruanos: ¿Víctimas de crisis o de golpe?*, En Manz, Thomas y Zuazo, Mora; *Partidos políticos y representación en América Latina*; Caracas, Venezuela. Nueva Sociedad. 1998.
- LENIN, Vladimir Ilich.**; *El Estado y la revolución*, caps. II y III; Union de Juventudes por el Socialismo, Argentina, 2003.

BIBLIOGRAFÍA

- LEÓN, Leysser L.; *De la admiración a la recepción crítica: el apagado eco de la codificación del derecho privado europeo en América Latina*, Revista de Derecho Privado No. 45, Universidad de los Andes - Facultad de Derecho -, Peru. 2011.
- LEVI F.; *Partecipazione e Organizzazione*; Democrazia e Diritto; 1988.
- LÉVI-STRAUSS, Claude. *Antropología Estructural*. EUDEBA, Buenos Aires, 1968.
- LÓPEZ Medina, Diego Eduardo. *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Legis Editores, Colombia, 2004.
- LURGER, Brigitta; *Il futuro del diritto europeo dei contratti*; en, Somma Alessandro; *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*; G. Giappichelli Editore, Torino. 2007.
- LUTHER, Jörg; *Percezioni europee della storia costituzionale cinese*; Università del Piemonte Orientale; Dipartimento di Politiche Pubbliche e Scelte Collettive – POLIS, Working paper, n. 78. October, 2006. Disponible en, <http://www.caei.com.ar/es/programas/asia/23.pdf>
- LUHMANN, NIKLAS;
- Sociedad y Sistema. La ambición de la teoría"; Editorial Paidós. 1990.
 - *Sociologia del Diritto*; Roma – Bari, Laterza. 1977.
- LÜBBE, H.; *Nada se ha olvidado, pero se ha curado tal cual herida*; en, *Alemania en el Siglo XX*. Universidad de los Andes, Facultad de ciencias sociales, Bogotá, DC Colombia. 2009.
- LUXEMBURGO, Rosa; *¿Reforma o Revolución?*, en Obras Escogidas. Tomo 1. Escritos Políticos I. Prólogo y Selección de Bolívar Echeverría, México, ERA. 1978.
- MARINI, Giovanni; *Diritto e politica. La costruzione delle tradizioni giuridiche nell'epoca della globalizzazione*; Rivista Pòlemos, No. 1; G. Giappichelli Editore – Torino. 2010.
- MARKTANNER, Marcus; Winterberg, Jörg M.; *Consenso de Washington vs. Economía Social de Mercado*; Economía Social de Mercado. Diálogo Político, Revista trimestral No. 1, marzo 2009. Editor Konrad Adenauer Stiftung, Argentina. Disponible en, <http://www.kas.de/argentinien/es/publications/16719/>
- MARX, Carlos; ENGELS, Federico;
- *Obras Escogidas de Carlos Marx y Federico Engels*; publicadas en tres tomos por Editorial Progreso, Moscú, 1973. Traducción al español Editorial Progreso. 1983.
 - *El Capital: Crítica de la Economía Política, Tomo I*. México: Fondo de Cultura Económica. Reimpresión 25. 1995.
 - *Manoscritti economico-filosofici del 1844*; en, Karl Marx y Federico Engels, *Opere III, 1843-1844*. Editori Riuniti, Roma. 1976.
- MARTINELLI Claudio; *Il finanziamento pubblico dei partiti europei*; Quaderni costituzionali. 2004.
- MARTÍNEZ Alier Joan; *¿Quién debe a quién? Deuda ecológica y deuda externa*; Icaria. 2003.

BIBLIOGRAFÍA

- MARTÍNEZ GARCÍA**, José Saturnino; *Tipos de elección racional*; Revista internacional de sociología, No. 37. 2004.
- MARTÍNEZ**, Peinado J.; *El capitalismo global*; Icaria; Barcelona.1999.
- MATTEI**, Ugo;
- *Il Diritto giurisprudenziale globalizzato ed il progetto imperiale. Qualche spunto*; Política del Diritto, XXXVI, n. 1. marzo, 2005.
 - *Il modello di common law*, Giappichelli, Turín. 2004.
 - *The European Codification Process Cut and Past*; The Hague. 2003.
 - *A Theory of Imperial Law: A Study on U.S. Hegemony and the Latin Resistance*, en Indiana Journal of Global Legal Studies, vol. 10. 2003.
- MATTEI**, Ugo; **NADER**, Laura, *Plunder-When the Rule of Law is Illegal*, Blackwell Publishing, Massachusetts. 2008.
- MATOS** Mar, J. (compilador); *La dominación de América Latina*; Amorrortu editores Buenos Aires. 1968.
- MAYNTZ**, Renate *Common Goods and Governance. In Common Goods. Reinventing European and International governance*; edited by Adrienne Heritier. Lanham MD: Rowman & Littlefield. 2002.
- MCGREW**, Anthony; *Conceptualizing Global Politics*, en A. McGrew y P. Lewis (eds.) *Global Politics. Globalization and the nation State*; Cambridge, Policy Press. 1992.
- MELI**, Marisa; *Giustizia sociale e diritto europeo dei contratti*; en, Somma, Alessandro; *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*; G. Giappichelli Editore, Torino. 2007.
- MESTMÄCKER**, Ernst;
- *La mano visible del Derecho: Derecho y Economía en Adam Smith*; en: *Recht und Ökonomisches Gesetz*, 2a. edición. 1984.
 - *Democracia y Economía de Mercado. Ponencias y Debates de un Simposio*; Instituto Libertad y Democracia, Lima, 1981.
- MEZZETTI**, Luca;
- *L'America latina*; en *Diritto costituzionale comparato*, elaborado por Carozza Paola, Di Giovine Alfonso, y Ferrari Giuseppe F.; Editori Laterza. 2009.
 - *Finanziamenti e condizionamenti del Partito Politico*; Facoltà di Giurisprudenza dell' Università di Bologna. 2008.
- MICCÚ**, R.; *Finalismo dell'Unione ed economia sociale di mercato: modello (obsoleto) o principio speranza del costituzionalismo europeo?*; *Diritto e cultura –Archivio di filosofia e sociologia*. 2003.

BIBLIOGRAFÍA

- MICKLITZ**, Hans-Wolfgang; *La mano visibile del Diritto Privato Europeo en materia normativa. La trasformazione del Diritto Privato europeo dall'autonomia al funzionalismo nella concorrenza e nella regolamentazione*; European University Institute, Working Paper law. 2010.
- MINDA**, Gary; *Teorie postmoderne del diritto*; Presentazione da Mauro Barberis. Il Mulino. 2001.
- MISES**, Ludwig;
- *Economic Calculation in the Socialist Commonwealth*; Ludwig von Mises Institute; 1990.
 - *El socialismo. Análisis económico y sociológico, México, Hermes, 1961*
 - *Human action – A treatise on economics*; New Haven, Yale University Press. 1949.
- MONATERI**, Pier Giuseppe.;
- **SOMMA**, Alessandro; *Il Modello di Civil Law*; Sistemi Giuridici Comparati, elaborado por Antonio Procida Mirabelli di Lauro; Terza edizione, G. Giappichelli Editore – Torino. 2009.
 - *Globalizzazione e Diritto europeo dei contratti*; en Somma, Alessandro, *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*; G. Giappichelli Editore, Torino. 2007.
- MORLOK**, Martin; *La regulación jurídica de la financiación de los partidos políticos en Alemania*; Revista Teoría y realidad constitucional, No. 6. 2000; Disponible en, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/trcons/cont/6/est/est3.pdf>
- MORIN**, Edgar; *Introducción a una política del hombre*; Gedisa, Barcelona. 2002.
- MOSCARINI**, Anna, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti*, CEDAM, Padova, 2003.
- MÜLLER-ARMACK** Alfred, **WATRIN** Christian; *Economic Policy Maker and Sociologist of Religion*, en Peter Koslowski, *The Theory of Capitalism in the German Economic Tradition: Historism, Ordo-liberalism, Critical Theory, solidarism*, Berlín. 2000.
- NADER** L.; *The life of the Law: Antropological projects*; 2002. Traducción al italiano, *Le forze vive del Diritto*; Napoli, Edizione Scientifiche Italiane. 2003.
- NIETZSCHE**, Friedrich.; *Así habló Zaratustra*; «De la virtud empequeñecedora». Disponible en, http://www.laeditorialvirtual.com.ar/pages/Nietzsche/Nietzsche_Zarathustra_03.htm#_Toc124099252
- NOLTE**, Paul; *La última euforia de la modernidad. La época de la reforma de la República Federal en los años 60 y 70*; en, *Alemania en el Siglo XX*. Universidad de los Andes, Facultad de ciencias sociales, Bogotá, DC Colombia. 2009.
- O'CONNOR**, M.; *On the Misadventures of Capitalist Nature*, en *Capitalism, Nature, Socialism*, Vol. 4, no. 4. 1993.
- ORTEGA Y GASSET**, José; *Las Atlántidas. Obras Completas*, vol. VI, Alianza Editorial; 1935.
- OTTO APEL**, Karl;

BIBLIOGRAFÍA

- *Types of Rationality to-day: The Continuum of Reason between Science and Ethics*; en GERAETS, Th. (ed.), *Rationality Today*, Ottawa, Univ. Press, 1979.
- *Social Action and the Concept of Rationality*; en, *Phenomenology an the Human Sciences*, suppl.to *Philos. Topics*, Denver/Colorado, 1984.
- *El problema de una teoría de los tipos de racionalidad. Reflexiones pragmáticas previas: La teoría de los tipos de racionalidad como respuesta posible de la filosofía al desafío de un nuevo irracionalismo*; Primera Edición, Editorial Alfa, S.A., Barcelona, España; 1986.
- PALOMINO MANCHEGO**, José F.; *Problemas escogidos de la Constitución peruana de 1993*; Serie Ensayos Jurídicos, No. 16; Universidad Nacional Autónoma de México. 2003.
- PAREJA PAZ–SOLDÁN**, José; *La nueva realidad constitucional de Perú*; en, *Acción para el desarrollo*, Año III, No. 13; 1980.
- PARSONS**, Talcott; *Society and Dictatorship*; en *Essay on sociological theory*; Chicago. 1954.
- PASTORE**, Baldassare; *Il soft law nella teoria delle fonti*; en Somma Alessandro, *Soft Law e hard law nelle società postmoderne*. Torino, 2009.
- PERRY**, Anderson; *Historia y lecciones del neoliberalismo*; Universidad de California, Los Angeles. Versión en español, Alfredo Camelo Bogotá. Revista del centro de estudios del trabajo Deslinde; Colombia. Disponible en, http://www.correntoig.org/IMG/pdf/neoliberalismo_P._Anderson.pdf
- PICONE** Paolo, *Riformismo giuridico o socialdemocrazia*; in *L'uso alternativo del diritto; Tomo II – Ortodossia giuridica e pratica politica –*; Editori Laterza. 1973.
- PES**, G. L.; *Diritto e sviluppo neoliberale: Il dibattito sul new law development*; *Politica del Diritto*, No. 4. 2007.
- PÉREZ** Luño, Antonio–Enrique; *Teorías contemporáneas de la filosofía y la teoría del Derecho*; Quinta edición, Madrid. 2007.
- PICCIGALLO** Fabio; **WEIL**, Simone; *Da Weimar a Mosca. L'elaborazione della “teoria della convergenza”*; *Dimensioni e Problemi della ricerca storica I*. 1999.
- PINTOR**, Pirzkall Heike; *La política de cooperación de Alemania en América Latina*; Centro Argentino de Estudios Internacionales Programa Europa. Disponible en, <http://www.caei.com.ar/es/programas/europa/e6.pdf>
- PLEHWE**, Dieter; **WALPEN** Bernhard; **NEUNHOFFER**, Gisela; *Neoliberal Hegemony A Global Critique*; Routledge / Ripe Studies in global political economy. 2006.
- POPPER** Karl, *Individualismo contra colectivismo*, en David Miller (comp.) *Popper: escritos selectos*, México, Fondo de Cultura Económica. 1995.
- POSNER**, Richard A.; *Utilitarismo, Economía y Teoría legal*. 1979.
- PRETI**, Luigi; *La Sfida tra democrazia e autoritarismo. Evoluzione dei regimi politici dalla fine della prima Guerra Mondiale agli anni ottanta*; Arnoldo Mondadori Editore; 1980.

BIBLIOGRAFÍA

- PREUB**, Ulrich K.; “*Sul contenuto di classe della Teoria tedesca dello Stato di Diritto*”; in *L’uso alternativo del diritto*; elaborado por Pietro Barcellona, Tomo I –Scienza giuridica e analisi marxista–; Editori Laterza. 1973.
- PUELLO–SOCARRÁS**, J. F.; *Del homo oeconomicus al homo redemptoris: Emprendimiento y Nuevo Neoliberalismo* Otra Economía – Volumen IV – Nº 6 – 1er semestre. 2010.
- PUSCHNER**, Uwe; *El movimiento völkisch. Historia, Estructura, Ideología; en, Alemania en el Siglo XX*. Universidad de los Andes, Facultad de ciencias sociales, Bogotá, DC Colombia. 2009.
- QUIROZ** Torres, Maricio; *25 años de la constitución peruana de 1979*; 2004.
- RAISER**, Ludwig; *Il compito del diritto privato*; Giuristi Stranieri di Oggi, Giuffrè editore. 1990.
- RAWLS**, John;
- *Political Liberalism*; trad. it. *Liberalismo político*, Torino, Edizioni di Comunità. 1999.
 - *A Theory of Justice*. Oxford: Clarendon Press. 1972.
- REICHEL**, Petel; *La hermosa apariencia del Tercer Reich; en, Alemania en el Siglo XX*. Universidad de los Andes, Facultad de ciencias sociales, Bogotá, DC Colombia. 2009.
- REINICKE**, Wolfgang H.; **DENG**, F.; *Critical Choice. The United Nations, Networks, and the future of global Governance*. Ottawa. Et al.: International Development Research Centre. 2006.
- RESCIGNO** Giuseppe, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Diritto pubblico*, 2002.
- RIFKIN**, Jeremy; *La fine del lavoro*; Milano, Mondadori. 2002.
- RÍOS VILLAVICENCIO**, Alfredo; *La libertad sindical en el Perú: Fundamentos, alcances y regulación*; PLADES, Lima, Perú. 2010.
- RIPERT**, Georges, *Tratado elemental de derecho comercial*, I, Librairie Générale de Droit de Jurisprudence – Tipográfica Editora Argentina, 1954.
- RISSE–Kappen**, Thomas.; **Börsel**, Tanja A.; *Public–Private Partnership: Effective and Legitimate tools of International Governance?*; Prepared for the Edgar Grande / Louis W. Pauly (editors), *Complex Sovereignty: On the Reconstitution of Political Authority in the 21st Century*. University of Toronto; 2002.
- RIZZONI** Giovanni; *Demos europeo e partiti politici: L’Europa alla ricerca di un regolamento*; disponible en, www.associazionedeicostituzionalisti.it.
- RODOTÀ**, Stefano;
- *Droits des pauvres, pauvres droits?: prendere sul serio il diritto all'esistenza, impone di opporsi all'esistenza "minima"*; Basic Income Network; 27 de septiembre, 2011. Disponible en, <http://www.bin-italia.org/pdf/rodota.pdf>.

BIBLIOGRAFÍA

- Il codice civile e il processo costituente europeo; en, Somma Alessandro; *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*; G. Giappichelli Editore, Torino. 2007.
- ROELOFS**, Joan; *Foundations and Public Policy: The Mask of Pluralism*; New York, SUNY Press. 2003.
- ROMAGNOLI**, Umberto; *Desde el estado del bienestar hacia el estado del malestar?* Disponible en, www.fundacionsindicaldeestudios.org/comunes/temp/recursos/99928/857446.pdf.
- ROPER**, Erich; *Los hermanos y las hermanas inferiores*; en, *Alemania en el Siglo XX*. Universidad de los Andes, Facultad de ciencias sociales, Bogotá, DC Colombia. 2009.
- RÖPKE**, Wilhelm;
 - *La crisis social de nuestro tiempo*; 1947.
 - *La necesidad moral de la libertad económica*, Revista Espejo, Instituto de Investigaciones Sociales y Económica de México. Disponible en, http://contrapeso.info/2006/libertad_economica/
- RORTY**, Richard; *Contingency, Irony, and Solidarity*; Cambridge University Press. 1989.
- ROSENAU**, James N.; **CZEMPIEL**, E.O.; *Governance without government: order and change in world politic*; Cambridge, Cambridge University Press. 1992.
- RÖSNER**, Hans Jürgen; *Crisis financiera. Redescubrimiento de la economía social de mercado.*; Economía Social de Mercado. Diálogo Político, Revista trimestral No. 1, marzo 2009. Argentina. p. 89. Disponible en, <http://www.kas.de/argentinien/es/publications/16719/>
- ROSSI**, Pietro; *Fine del diritto*; elaborado por Pietro Rossi. Il Mulino. 2009.
- ROTHBARD**, Murray N.; *Man, economy and State – A treatise on economic principles, Vol. I II*. Los Angeles, Nash Publishing. 1970. Traducido por Jesús Huerta de Soto, *Lecturas de Economía Política*, Unión Editorial, Madrid, 1986–1987.
- RUBIO**, Marcial y Bernal, Enrique; *Constitución y Sociedad política*; Mesa redonda Editores, Segunda edición, Lima. 1983.
- SACCO**, Rodolfo;
 - *Trattato di Diritto Comparato*; UTET. 1996.
 - *Circolazione e mutazione dei modelli giuridici*; in Digesto Civile, Vol. 2; Torino; UTET. 1998.
 - *Introduzione al diritto comparato*; Torino; Einaudi. 1979.
- SADER**, Emir (compilador), "*Um governo de (contra-)reformas*", en *O brasil do Real*; Río de Janeiro, EDUERJ. 1996.
- SAN PEDRO**, V.; **JEREZ**, A.; **LÓPEZ**, J.; *ONG, medios de comunicación y visibilidad pública. La ciudadanía ante la mediatización de los mensajes sociales*; en, *Las ONG y la política*; Ciencia Política, Istmo. 2002.

BIBLIOGRAFÍA

- SARJANOVIC, Ivo;** *El mercado como proceso: dos visiones alternativas*; Revista Libertas, VI, 11; octubre, 2009. Instituto universitario, ESEADE. 2009.
- SAVERIO Francesco;** *Filosofí e totalitarismi in Italia e in Germania*; Dimensioni e Problemi della ricerca storica I. 1999.
- SCHMINCK C. U.;** *Osservazioni provvisorie sulla distruzione dell'ortodossia giurídica in Germania*; in *L'uso alternativo del diritto*; elaborado por Pietro Barcellona, Tomo II – Ortodossia giurídica e práctica política –; Editori Laterza. 1973.
- SHUGART, Matthew y CAREY John.;** *Presidents and Assemblies: Constitutional Design and electoral Dynamics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992.
- SCHWABE, Jürgen;** *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por la Konrad Adenauer Stiftung*, Editor. 2009.
- SCHWARTZ, Benjamin;** *Tyranny for the Commons Man*; of The National Interest. From the July–Aug, 2009.
- SEFTON–GREEN, Ruth;** *Diversità culturale e codice civile europeo*; en, Somma Alessandro; *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*; Torino, Giappichelli. 2007.
- SEIFERT Jaroslav,** *La concretizzazione delle formule emancipatore della costituzione nella giurisprudenza*”; in *L'uso alternativo del diritto*; elaborado por Pietro Barcellona, Tomo I –Scienza giurídica e analisi marxista–; Editori Laterza. 1973.
- SEN, Amartya;**
- *Rationality and Freedom*; The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (Mass.). 2002.
 - *Desarrollo y libertad*; Planeta, Barcelona. 2000.
 - *Sobre ética y economía*; Alianza, Madrid. 1989.
 - *Elección colectiva y bienestar social*. Alianza, Madrid. 1976.
- SERRANO, Maite Oñate;** *Las ONGD en la encrucijada: Del Estado de Bienestar a la franquicia del Estado*; Las ONG y la política; Ciencia Política, Istmo. 2002.
- SHAW, Martin;** *Global Society and international Relations*; Cambridge, Polity Press. 1994.
- SHUMPTER, Joseph Alois;** *Capitalismo, socialismo y democracia*. Editorial Claridad. 1942.
- SIMMEL, Georg;** *La filosofía del dinero*; Madrid, Instituto de Estudios Políticos. 1977.
- SKLAIR, Leslie;** *The Transnational Capitalist Class*; Oxford; Blackwell Publisher. 2001.
- SOMMA Alessandro;**
- *At the roots of European private law: social justice, solidarity and conflict in the proprietary order*; en, *The Many Concepts of Social Justice in European Private Law*; elaborado por, Hans W. Micklitz; Edward Elgar; Publishing Ltd. 2011.

BIBLIOGRAFÍA

- *Democrazia economica e Diritto privato. Contributo alla riflessione sui beni comuni; Materiali per una storia della cultura giuridica Vol. 31, No. 2.* Le edizione del Mulino. 2011.
- *Economia di razza. dal fascismo alla cittadinanza europea;* Ombre Corte. 2009.
- *L'economia sociale di mercato / 1. Il fascino della terza via: Torna di moda un passato mai passato.* Rivista quadrimestrale online del Centro Einaudi; Centro di Ricerca e Documentazione "Luigi Einaudi". maggio–agosto, n. 195. 2009.
- *L'economia sociale di mercato / 2. Dal nazionalsocialismo all'ordoliberalismo.* Rivista quadrimestrale online del Centro Einaudi; Centro di Ricerca e Documentazione "Luigi Einaudi". maggio–agosto, No. 198. 2009.
- *Razzismo economico e società dei consumi;* Materiali per una storia della cultura giuridica, Il Mulino. 2009.
- *Soft law e hard law nella costruzione del diritto privato europeo; Soft Law e hard law nelle società postmoderne;* G. Giappichelli Editore. 2009.
- *Introducción crítica al Derecho europeo de los contratos;* Marcial Pons. 2008.
- *Soft law sed law. Diritto morbido e neocorporativismo nella costruzione dell'Europa dei mercati e nella distruzione dell'Europa dei diritti;* Rivista critica de diritto privato, Vol. 26. 2008.
- *Scienza giuridica, economia e politica nella costruzione del diritto privato comunitario;* en *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti;* con la colaboración de Claudia Amodio; Torino, Giappichelli. 2007.
- *Temi e Problemi di Diritto Comparato. Tecniche e valori nella ricerca comparatistica;* Torino, Giappichelli. 2005.
- *Giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti;* Rivista critica del diritto privato. 2005.
- *Tanto per cambiare ... Mutazione del Diritto e Mondializzazione nella riflessione comparatistica;* Politica del Diritto. 2005.
- *Giochi senza frontiere;* Boletín mexicano de derecho comparado, No.190. 2004.
- *Diritto comunitario e patrimonio costituzionale europeo: crónica di un conflitto insanabile;* Politica del Diritto. 2004.
- *Temi e problemi di diritto comparato. Diritto comunitario vs. Diritto comune europeo;* Torino, Giappichelli. 2003.

SLOTERDIJK, Peter;

- *Reglas para el parque humano;* Ediciones Siruela, Madrid. 2000.
- *El hombre operable;* Revista Observaciones Filosóficas Antropología. Mayo, 2006. Disponible en, <http://www.observacionesfilosoficas.net/download/hombreoperable.pdf>

BIBLIOGRAFÍA

- SUPIOT**, Alain; *Homo juridicus. Saggio sulla funzione antropologica del Diritto*; Milano, Bruno Mondadori. 2006
- SWANSON**, David L.; Mancini, Paolo (eds.); *Politics, media and modern democracy*; Nueva York, Praeger. 1995.
- TARROW**, Sidney; *Globalization and Transnational Collective Action*; Working Papers Centro de Estudios Avanzados en Ciencias Sociales 1996/78; Madrid, Instituto Juan March. 1996.
- TEIJO** García C.; *Redes Transnacionales de participación ciudadana y ONG: Alcance y sentido de la sociedad civil internacional*; en *Las ONG y la política*; Ciencia Política, Istmo. 2002.
- TEODORI** Massimo; *Soldi & Partiti: Quanto costa la democrazia in Italia?*; Ponte alle Grazie srl, Milano. 1999.
- TEUBNER**, Gunther; *Il diritto come sistema autopoietico*; Giuffrè Editore. 2000.
- TORRES** del Moral, A.; *Crisis del mandato representativo en el Estado de partidos*, Derecho Político, No. 14, Madrid. 1982.
- TORRES** y Torres Lara, Carlos;
- *El consumidor nuevo centro del derecho*, en *Mercado y Empresa*, Revista Peruana de Derecho de la Empresa, N° 46, Lima, Perú. 1997.
 - *La Constitución Económica en el Perú (La Economía según la Constitución de 1993)*; Desarrollo y Paz Editores; Lima, Perú. 1993.
- TOURAINÉ**, Alain;
- *La globalizzazione e la fine del sociale. Per comprendere il mondo contemporaneo*; Milano, Il Saggiatore; 2008.
 - **KHOSROKHAVAR**, Farhad; *A la búsqueda de sí mismo. Diálogo sobre el sujeto*; Editorial Paidós; Barcelona. 2002.
 - *¿Cómo salir del liberalismo?*; Paidós; 1999
- TUESTA** Soldevilla, Fernando; *Los enigmas del poder: Fujimori, 1990-1996*; Fundación Friedrich Ebert, Lima, Perú. 1996.
- URAS** D.; *L'assemblea costituente ed il principio rappresentativo nel problema costituzionale italiano*, Roma. 1944.
- VALLESPINOS**, Carlos Gustavo; *El contrato por adhesión a condiciones generales*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1984.
- VANBERG**, Viktor, J.; *Mercados y Regulación. El contraste entre el liberalismo de libre mercado y el liberalismo constitucional*; en *Constitutional Political Economy*, Vol. 10, No. 3. 1999.
- VAN DER PIJL**, Kees; *Transnational Classes International Relations*; London; Routledge. 1998.

BIBLIOGRAFÍA

- VÁZQUEZ, Montalbán; *Del gran inquisidor al gran consumidor*; en VV.AA., *La aldea Babel*; Barcelona; Deriva editorial. 1994.
- VÁZQUEZ, Adolfo Rocca; *Peter Sloterdijk: Normas y disturbios en el parque humano, o la crisis del humanismo como utopía y escuela de domesticación*; Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política, n° 8. julio 2008.
- VEGA MERE, Yuri; *Contratos de Consumo. (Estudio sobre el derecho del consumidor)*; Segunda edición; Editorial San Marcos, Lima, Perú. 2005.
- VIGEVANI, G. E.; *Parlamento Europeo: una nuova procedura elettorale uniforme*; Quaderni costituzionali. 2003.
- VIRGA P.; *Il partito nell'ordinamento giuridico*, Milan. 1948.
- VOLANTE, Raffaele; *Il soft law come norma di diritto privato. Un tentativo di definizione*; en Somma, Alessandro, *Soft Law e hard law nelle società postmoderne*; Torino. 2009.
- VOGEL, B.; *Economia Social de Mercado*; Diálogo Político, Revista trimestral No. 1. 2009. Disponible en, <http://www.kas.de/argentinien/es/publications/16719/>
- WALTERS, Mignolo; *Globalization*; Londres, Routledge. 1995.
- WEBER, Max., *Economía y Sociedad*, Tubinga. 1922.
- WEHLER, Hans Ulrich; *La "protocatástrofe del siglo XX". La primera guerra mundial como punto inicial y modelo de la Segunda guerra mundial*; en, *Alemania en el Siglo XX*. Universidad de los Andes, Facultad de ciencias sociales, Bogotá, DC Colombia. 2009.
- WIEMEYER, Joachim; *Economia Social de Mercado*; Diálogo Político, Revista trimestral No. 1. marzo 2009. Argentina. p. 35. Disponible en, <http://www.kas.de/argentinien/es/publications/16719/>
- WIETHÖLTRE R.;
- *Gli interessi dello stato di diritto borghese*, en *L' uso alternativo del diritto*, elaborado por Pietro Barcellona, Tomo I –*Scienza giuridica e analisi marxista*–; Editori Laterza. 1973.
 - *Diritto dell' economia: Analisi de una «Formula Magica»*; en *L' uso alternativo del diritto*, Pietro Barcellona, Tomo I –*Scienza giuridica e analisi marxista*–; Editori Laterza. 1973.
- WINKLER Heinrich, A.; *El fin de todos los caminos especiales*; en, *Alemania en el Siglo XX*. Universidad de los Andes, Facultad de ciencias sociales, Bogotá, DC Colombia. 2009.
- WILHELMSSON, Thomas; *Le diverse forme di welfarismo nel diritto europeo dei contratti*; en, *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*; Alessandro Somma; Torino, Giappichelli. 2007.
- WILKINSON, Richard; *Mind the Gap: Hierarchies, Health and Human Evolution*; serie *Darwinismo hoy*; Londres. 2000.
- ZEMELMAN, Hugo; *La Historia se hace desde la cotidianidad*. 1999.

BIBLIOGRAFÍA

ZOLO, Danilo; *I signori della pace. Una critica del globalismo giuridico*; Carocci. 2001.

ZÚÑIGA, Francisco; *Vieja-nueva constitución*; Pensamiento Constitucional Año XII n. 12; Fondo editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.

TABLAS Y ANEXO

Tabla No. 1 – Miembros del Universo KAS por campos de ocupación. América Latina⁽¹⁾

Universidades.	21
Historia y Religión	6
Derecho y Política	8
Economía y Sociedad	7
Centros de Estudios e Investigación	26
Política	10
Sociedad	6
Economía	10
Sector Empresarial	4
Mutuas y bancos	2
Asociaciones de empresarios	2
Organizaciones sociales	17
Igualdad e integración racial	4
Religiosas	2
Género	1
Ciudadanía	10
Partidos Políticos y centros de formación	19
Partidos políticos	12
Centros de formación y estudios.	7
Sindicatos y centros de formación	14
Sindicatos	8
Centros de formación y capacitación	6
Organizaciones Internacionales	6
Medias y comunicación	7
Revistas y publicaciones escritas	1
Asociaciones de periodistas	4
Institutos	1
Radio y televisión	1
Entidades públicas y estatales	24
Formación política y asesoría administrativa	9
Órganos jurisdiccionales de justicia	8
Municipios y comunidades	7
TOTAL	138

(1)– La fuente de información para el análisis realizado proviene del estudio de las páginas web de la Konrad Adenauer Stiftung y de sus publicaciones.

TABLAS Y ANEXO

Tabla No. 2. – Relación de las oficinas de representación de la Konrad Adenauer Stiftung en América Latina y sus contrapartes nacionales. Incluye la información sobre los Programas regionales. ¹⁰¹⁹

<u>No.</u>	<u>Sede país</u> <u>/jurisdicción.</u>	<u>Años de</u> <u>presencia.</u>	<u>No. de</u> <u>funcionarios.⁽¹⁾</u>	<u>Nombre de los Colaboradores – Contrapartes –</u> <u>Socios. Públicos / Privados.</u>
1.	México / México; Cuba.	20 años.	7 (2)	Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores del Oriente -ITESO. Unión Social de Empresarios de México -USEM. Centro de formación sindical -CENPROS. Fundación Rafael Preciado Hernández – fundación de estudios y de formación del Comité Nacional del PAN. Movimiento Ciudadano por Oaxaca. Organización Demócrata Cristiana de América ODCA.
2.	Guatemala/ Guatemala, Honduras, El Salvador. ⁽²⁾	43 años.	7 (1)	Asociación de Investigación y Estudios Sociales - ASIES. Instituto Centroamericano de Estudios Políticos - INCEP. Federación de Pueblos Mayas -FEDEPMA. Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales IDIES. Universidad Rafael Landívar.
3.	Costa Rica. / Costa Rica, Nicaragua, Panamá.	Más de 40 años.	6 (2)	Academia de Centroamérica. Asociación Empresarial para el Desarrollo – AES. Comité Consultativo del Sistema de Integración Centroamericana – CC–SICA. Confederación Centroamericana de Trabajadores – CCT. El Círculo de Copán. Expresiones – revista. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales – FLACSO. Instituto Centroamericano de Estudios Sociales – ICAES. Confederación Centroamericana de Trabajadores Instituto de capacitación política del Partido Unidad Socialcristiana (PUSC) – ICEP. Instituto Centroamericano de Gobernabilidad – ICG – EPF. Instituto de Fomento y Asesoría Municipal – IFAM -adjunto al Ministerio de Descentralización y Desarrollo Local de la República de Costa Rica. Instituto de Formación y Estudios en Democracia

¹⁰¹⁹La fuente de información es la proporcionada por el sitio web de la Konrad Adenauer Stiftung. <http://www.kas.de/>

TABLAS Y ANEXO

				<p>–IFED; entidad adjunta al Tribunal Supremo de Elecciones de Costa Rica.</p> <p>Instituto técnico independiente -IPADEHM– especializado en descentralización, gobiernos locales y participación ciudadana.</p> <p>Instituto Panameño de Estudios Comunitarios – IPEC.</p> <p>El Partido Popular -PP –es la nueva denominación del Partido Demócrata Cristiano de Panamá.</p> <p>Tribunal Electoral de Panamá.</p>
4.	Venezuela / Venezuela.	(³)	5 (1)	(³)
5.	Colombia / Colombia.		6 (2)	<p>El Partido Conservador Nacional.</p> <p>Corporación Siglo XXI.</p> <p>Federación Colombiana de Municipios – Fedemunicipios.</p> <p>Defensoría del Pueblo –una institución estatal.</p> <p>Fundación para la Educación Superior y el Desarrollo –FEDESARROLLO.</p> <p>Fundación Social.</p> <p>Misión de Observación Electoral – MOE.</p> <p>Instituto de Ciencia Política.</p> <p>OCASA –Jóvenes contra la corrupción.</p> <p>Fundación Jean Francois Revel.</p>
6.	Bolivia / Bolivia	Cerca de 35 años.	7 (2)	<p>La Fundación América.</p> <p>La Asociación Boliviana de Ciencia Política – ABCP.</p> <p>Asociación de Periodistas de La Paz –APLP</p> <p>Fundación de Apoyo al Parlamento y a la Participación Ciudadana -FUNDAPPAC.</p> <p>La Fundación Milenio.</p> <p>Universidad Católica Boliviana "San Pablo".</p>
7.	Ecuador / Ecuador	Cerca de 45 años.	6 (1)	Corporación de Estudios para el Desarrollo.
8.	Perú / Perú		5 (1)	<p>Instituto de Investigación y Capacitación Municipal –INICAM .</p> <p>Instituto Peruano de Economía Social de Mercado – IPESM.</p> <p>Centro de Investigaciones Sociales, Económicas y Tecnológicas – CINSEYT.</p>

TABLAS Y ANEXO

				<p>D-cada Ciudadano – sociedad civil. Instituto de Estudios Social Cristianos – IESC. Organización Demócrata Cristiana de América – ODCA. Comisión Andina de Juristas –CAJ.</p>
9.	Argentina.	Más de35 años.	6 (2)	<p>Asociación Civil de Estudios Populares –ACEP. Consejo Argentino para las relaciones internacionales. Instituto de ciencias de la Administración -ICDA. Fundación de Investigaciones Latinoamericanas – FIEL. Fundación Siena. El Portal de Servicios y Consultoría Política on-line. Poder Ciudadano. Asociación Cristiana de Dirigentes de Empresa – ACDE. Asociación Argentina Amigos de la Fundación Adenauer. Universidad Católica Argentina. Unidos por la Justicia. Asociación Cristiana de Dirigentes de Empresa - ACDE –Bahía Blanca. Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento –CIPPEC. Foro de Estudios sobre la Administración de Justicia -FORES. Red KAS. Organización Demócrata Cristiana de América – ODCA.</p>
10.	Brasil (4)	41 años.	17(9)	<p>CARE Brasil. Centro Brasileiro de Relações Internacionais – CEBRI. Centro Cultural Brasil-Alemanha. Centro de Estudios das Américas Universidade Cândido Mendes –CEAS/UCAM. Delegação da Comissão Européia da UE no Brasil. Escola de Formação de Governantes – EFG. Obra Kolping.</p>
11.	Uruguay / Uruguay		3 (1)	<p>Centro de Estudios del Partido Nacional Asociación Cristiana de Dirigentes de Empresa – ACDE.</p>

TABLAS Y ANEXO

				<p>Centro Latinoamericano de Economía Humana - CLAEH.</p> <p>Confraternidad Judeo-Cristiana del Uruguay.</p> <p>Fundación Ciudad de Montevideo.</p> <p>Instituto Humanista Cristiano "Juan Pablo Terra".</p> <p>Organizaciones Mundo Afro.</p> <p>Organización Demócrata Cristiana de América – ODCA.</p>
12.	Paraguay / Paraguay			
13.	Chile / Chile	Más de 45 años.	5 (2)	<p>Centro Democracia y Comunidad – CDC.</p> <p>Instituto Chileno de Estudios Humanísticos – ICHEH.</p> <p>Corporación de Promoción Universitaria –CPU.</p> <p>Centro de Estudios Laborales Alberto Hurtado – CELAH.</p> <p>Corporación Ambiental del Sur -CAS.</p> <p>Universidad Miguel de Cervantes –UMC.</p> <p>Centro Latinoamericano para las Relaciones con Europa –CELARE.</p>
14.	Brasil (5) Río de Janeiro. Programa Regional Políticas Sociales en América Latina.		3 (1)	<p>Academia de Centroamérica –instituto costarricense. Costa Rica.</p> <p>Asociación de Universidades Jesuitas en Latinoamérica (AUSJAL).</p> <p>Cátedra Konrad Adenauer –proyecto del Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores del Oriente (ITESO). México.</p> <p>Centro de Análisis y Difusión de Economía Paraguaya (CADEP). Paraguay.</p> <p>Centro de Estudios en Políticas Públicas –CEPP. Argentina.</p> <p>Centro de Estudios Laborales Alberto Hurtado – CELAH. Fundación DECUP. Chile.</p> <p>El Centro de Políticas Sociales de la Fundación Getúlio Vargas (CPS/IBRE/FGV. Brasil.</p> <p>Centro de Promoción de la Mujer – PROMUR/GES. Paraguay.</p> <p>Consejo Episcopal Latinoamericano – CELAM.</p> <p>Corporación de Estudio para el Desarrollo – CORDES. Ecuador.</p> <p>La Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas. Argentina.</p> <p>Fundación para la Educación Superior y el Desarrollo – FEDESARROLLO. Colombia.</p>

TABLAS Y ANEXO

			<p>Fundación Milenio. Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales –IDIES. Universidad Católica Andrés Bello. Venezuela. Universidad Católica del Uruguay –Departamento de Economía. Uruguay.</p>
15.	<p>Argentina. ⁽⁶⁾ Buenos Aires. Programa Regional Medios de Comunicación y Democracia en Latinoamérica</p>	4 (2)	<p>La Sociedad Interamericana de Prensa – SIP. FELAFACS–Organismo Internacional que agrupa a más de 300 Facultades y/o Escuelas de Comunicación, pertenecientes a universidades de 21 países de América Latina. El Instituto Prensa y Sociedad –IPYS. Perú. Fundación para un nuevo periodismo iberoamericano. Colombia. Medios para la Paz. Colombia. Organización Demócrata Cristiana de América (ODCA). La Asociación Interamericana de Derecho de la información y de la Comunicación –AIDIC-. Colombia. Asociación Latinoamericana de Educación Radiofónica – ALER. Poder Ciudadano. Organización de Consultores políticos Latinoamericanos – OCPLA.</p>
16.	<p>México y Uruguay ⁽⁷⁾ Sedes en Montevideo y en la Ciudad de México Programa Estado de Derecho para Latinoamérica</p>	5 (2)	<p>Asociación de Investigación y Estudios sociales (ASIES). México. Asociación Mexicana de Derecho a la Información (AMEDI).México. La Barra Mexicana, Colegio de Abogados. Centro Jurídico para los Derechos Humanos (CJDH). Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF). México. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Washington, D.C. Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH). México. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Costa Rica. Corte Centroamericana de Justicia. Costa Rica. Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia).</p>

TABLAS Y ANEXO

	<p>Departamento Académico de Derecho del Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM). El Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ). Instituto Centroamericano de Estudios Penales (ICEP). Instituto Federal de Acceso a la Información (IFAI). Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (IIJ). Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional (IMDPC). Libertad de Información (LIMAC). Suprema Corte de Justicia de la Nación. Universidad Iberoamericana.</p>
<p>17. Programa de Participación Política Indígena. (8)</p>	<p>National Democratic Institute – NDI. Asociación Política de Mujeres Mayas MOLOJ. Organismo Naleb’.</p>

¹ Número de funcionarios no latinoamericanos contratados en la oficina, los funcionarios alemanes siempre asumen las primeras responsabilidades de representantes, representantes adjuntos y la mayoría de los responsables de proyectos.

² Existe una oficina de enlace en Nicaragua.

³ Información no disponible según la publicación del sitio web.

⁴ Existen dos oficinas de representación en Brasil, una oficina en Río de Janeiro donde radica la sede de la fundación, y otra en Fortaleza que se ocupa del trabajo en el norte y el nordeste de Brasil.

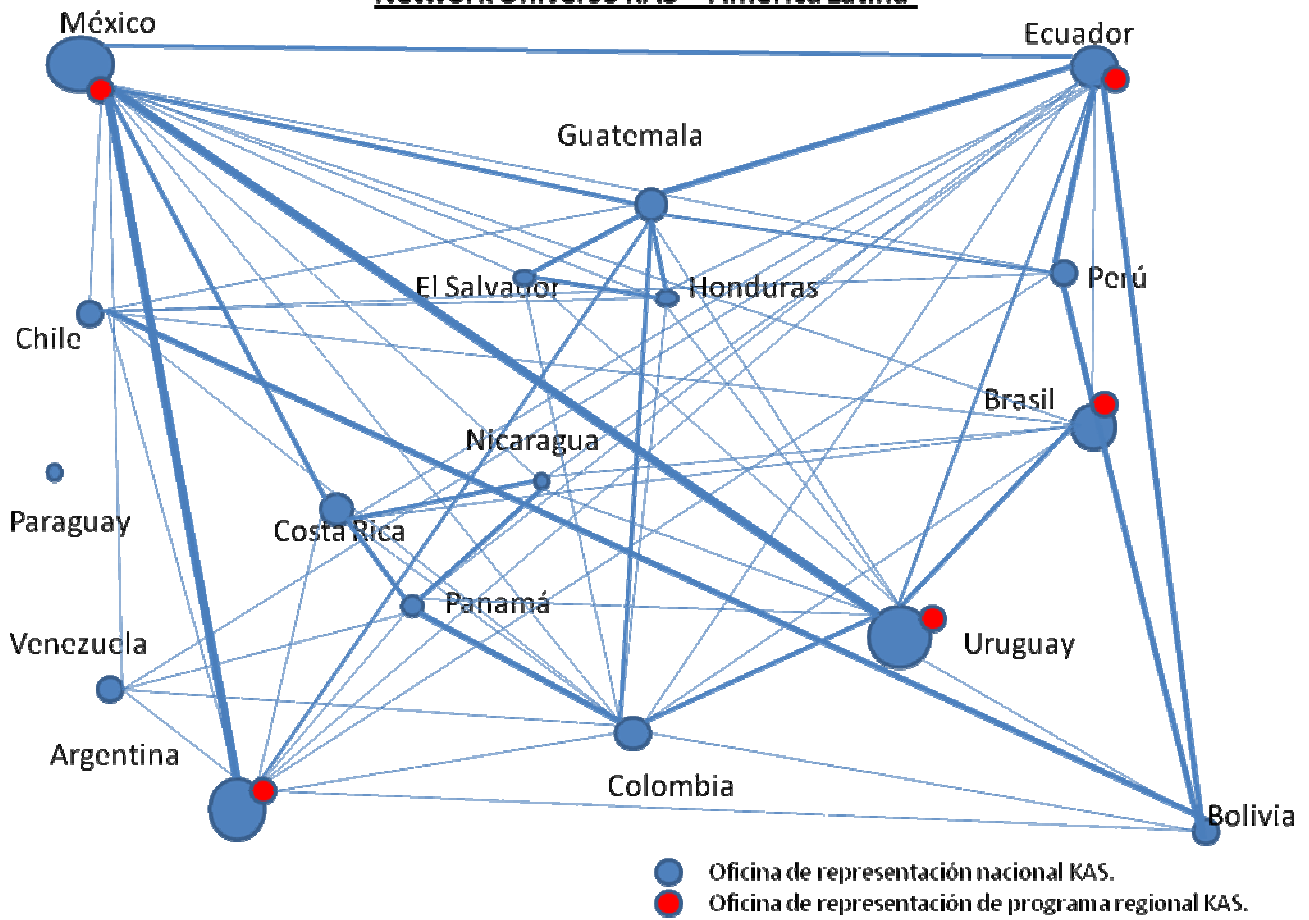
⁵ Programa Regional Políticas Sociales en América Latina.

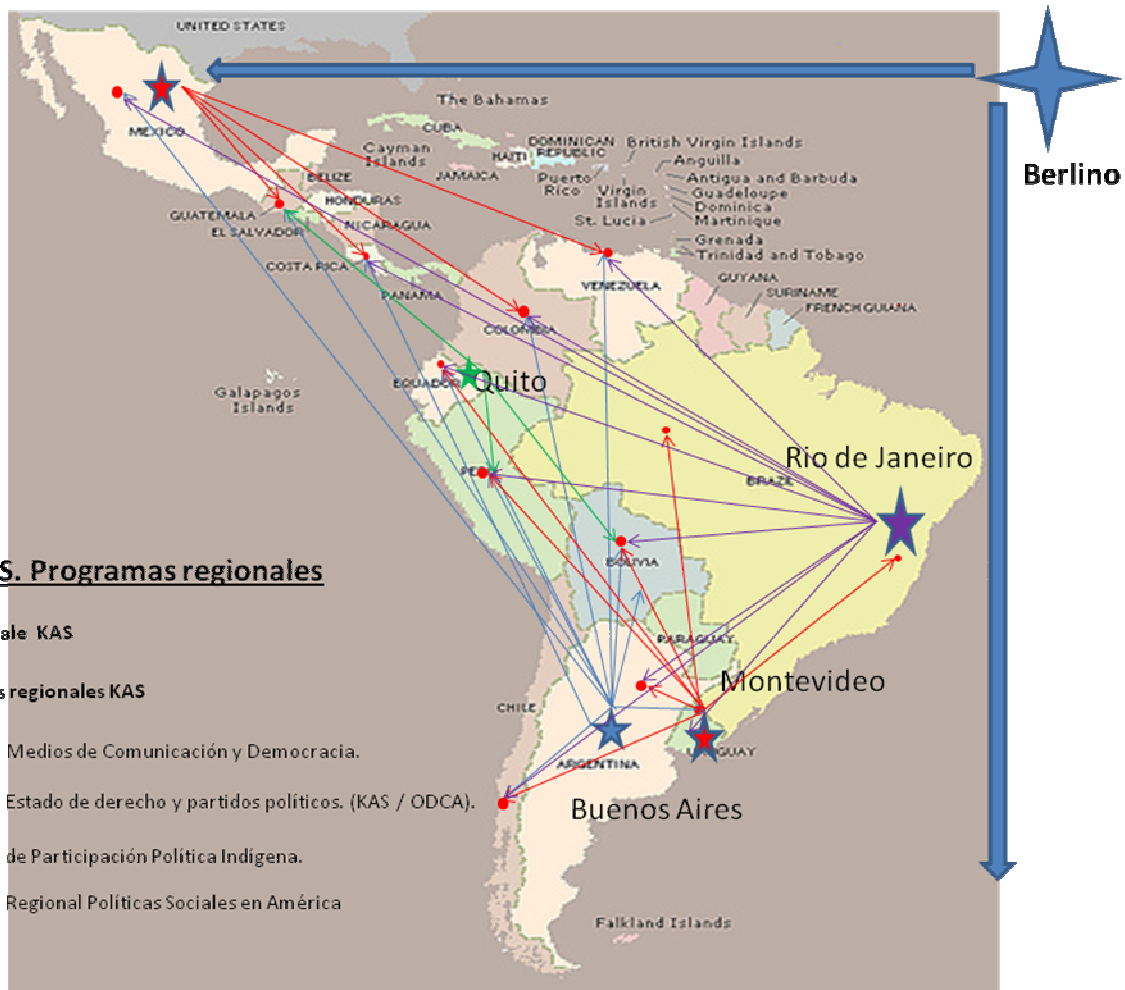
⁶ Programa Regional Medios de Comunicación y Democracia en Latinoamérica. <http://www.kas.de/medien-lateinamerika/es/about/>

⁷ Programa Estado de Derecho para Latinoamérica <http://www.kas.de/rspla-mex/es/about/>

⁸ Programa de Participación Política Indígena. http://incep.org/website/index.php?option=com_content&task=view&id=24&Itemid=74

Network Universo KAS – América Latina





ANEXO – FINANCIACIÓN DE PARTIDOS Y FUNDACIONES POLÍTICAS CON MENCIÓN EUROPEA.

ANEXO – FINANCIAMIENTO DE PARTIDOS Y FUNDACIONES POLÍTICAS CON MENCIÓN EUROPEA

1.

SUMARIO:

1– INTRODUCCIÓN.	P.2
2– BREVE REFERENCIA A LA RELACIÓN ENTRE EL DINERO, LA DEMOCRACIA Y LA ACTIVIDAD DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS.	P.4
3 – ANÁLISIS CRÍTICO DEL DESARROLLO NORMATIVO DE LA FINANCIACIÓN PÚBLICA DE LAS FUNDACIONES EUROPEAS.	P.7
3.1 – LO(S) TRATADO(S) DE LA UNIÓN EUROPEA Y LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA.	P.9
3.2 – EL REGLAMENTO (CE) No. 2004/2003 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DEL 4 DE NOVIEMBRE DE 2003.	P.13
3.3 – LA DECISIÓN DE LA MESA DEL PARLAMENTO EUROPEO, DEL 29 DE MARZO DE 2004.	P.20
3.4 – LA RESOLUCIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO (2005/2224(INI)) – SOBRE LOS PARTIDOS POLÍTICOS EUROPEOS, DEL 23 DE MARZO DEL AÑO 2006.	P.23
3.5 – EL REGLAMENTO (CE) 1524/2007 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 18 DE DICIEMBRE DE 2007.	P.31
4 – LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. BÚSQUEDA DE OPCIONES.	P.44
5– PROPORCIONALIDAD INVERSA ENTRE EL DINERO Y LA DEMOCRACIA.	P.50
5.1 – EXPERIENCIAS NACIONALES. – EL REINO UNIDO, LOS ESTADOS UNIDOS Y LA REPÚBLICA ALEMANA.	P.61
6 – EL ANTIDERECHO Y <i>LA INNOVACIÓN CREATIVA</i> .	P.62
6.1 – EL ANTIDERECHO.	P.63
6.2 – <i>LA INNOVACIÓN CREATIVA</i> .	P.68
7 – CONCLUSIONES.	P.76

¹ La realización de este estudio se concluyó en el mes de junio del año 2010, de modo que los montos financieros deben ser actualizadas según el ejercicio económico 2011- 2012. Por lo demás, todo el análisis jurídico mantiene su vigencia a la fecha de hoy – 14 de febrero, 2012.

ANEXO – FINANCIACIÓN DE PARTIDOS Y FUNDACIONES POLÍTICAS CON MENCIÓN EUROPEA.

1– INTRODUCCIÓN.

Muchos partidos políticos pertenecen a grupos internacionales de partidos que comparten intereses comunes e ideologías afines, de este modo establecen bases normativas de carácter internacional que les permiten practicar ayudas a los partidos políticos homólogos extranjeros. Esta forma de ayuda puede adoptar la forma de capacitación hacia los organizadores del partido y sus líderes; o de asistencia financiera directa para la adquisición desde papel periódico y equipos de impresión, hasta coches y equipos de comunicación –.

Sin embargo, los fondos de asistencia económica partido a partido – con profundo sustento ideológico – frecuentemente provienen de los gobiernos de los países donantes. Después que la Revolución Rusa de 1917 creara la Internacional Comunista – *Comintern* – para funcionar como un canal de entrega de dinero y otras formas de asistencia *solidaria*, y luego que el régimen nazi utilizara los eslabones partido a partido para exportar y promover la subversión, las Ligas internacionales de partidos políticos sirvieron como canal de comunicación para tales actividades de financiamiento.

La extensión y la amplitud a la que llegaron los partidos políticos como conductores de dinero, se encontraron con un punto de incertidumbre y de desacuerdo al ser utilizados por las agencias de inteligencias gubernamentales de los distintos países confrontados². Este ‘*punto obscuro*’ de la actividad internacional de los partidos políticos, que incluye la manipulación de la financiación y la funcionalización de la ayuda material según sus propios intereses, es una cuestión crucial que no se ha de abordar explícitamente en este estudio, pero que constituye el trasfondo de esta investigación.

A modo de referencia se cita la obra escrita por Massimo TEODORI: “*Soldi & Partiti: Quanto costa la democrazia in Italia?*”, la cual describe la difícil cuestión del financiamiento – y las consecuencias – de los partidos políticos italianos hasta la década de los 90’s del siglo XX, en el complejísimo contexto italiano: “*I soldi per la Democrazia Cristiana, il Partito Comunista Italiano, il Partito Socialista Italiano e gli altri partiti minori provenivano, al centro come in periferia, dalle tangenti e dai fondi neri, dai servizi segreti sovietici e americani, dagli enti pubblici e a partecipazione statale, dai gruppi economici privati e dalle cooperative rosse, ma di tutto*

² “William Colby, che fu direttore della CIA a Roma dal 1953 al 1959, ha parlato apertamente delle sovvenzioni finanziarie che l’ Agenzia fece arrivare in Italia. Nel decennio successivo al 1948 «l’appoggio finanziario della CIA alle forze centriste assumeva principalmente la forma dei versamenti diretti per aiutarle a finanziare la solita gamma di attività politiche: pubblicazione di notiziari, opuscoli, manifesti e altro materiale propagandistico, organizzazione di congressi e comizi, campagne di tesseramento»”, W. Colby e P. Forbatch, *La mia vita nella CIA*, Milano, Mursia, 1981, pp. 86-87, en Massimo Teodori, *Soldi & Partiti: Quanto costa la democrazia in Italia?*, Ponte alle Grazie S.r.l., Milano, 1999, p. 118.

ANEXO – FINANCIACIÓN DE PARTIDOS Y FUNDACIONES POLÍTICAS CON MENCIÓN EUROPEA.

questo non si doveva parlare. Comunisti e Democristiani, ben presto seguiti dai Socialisti e dalle altre forze politiche, si scontravano in Parlamento e nelle piazze ma erano uniti da un patto omertoso di silenzio in cui ognuno sapeva dove l'altro, l'avversario, prelevava illegittimamente i soldi di cui aveva bisogno. (...) in una generale finzione che al massimo lasciava spazio ad allusioni e messaggi cifrati che suonavano come avvertimenti e servivano a minacciare ricatti³.”

La cita es una referencia histórica al pasado reciente, que no pretende establecer *sombras largas* sobre la financiación de los partidos y las fundaciones políticas en el actual contexto comunitario europeo, pero sí socializar la información sobre el tema de la financiación política comunitaria, en aras de establecer un debate *preventivo*: “*La singolarità del caso italiano sta nel fatto che mai prima in Occidente un regime politico era crollato sotto il peso dei finanziamenti illegali ai partiti in seguito alla ostinata opposizione della classe dirigente ad aprire un onesto discorso pubblico⁴.”*

Desde principios de los años 60 del siglo XX, el gobierno de Alemania Occidental comenzó a canalizar sistemáticamente una porción de su presupuesto para la asistencia extranjera a través del establecimiento de las fundaciones políticas afines a los grandes partidos alemanes. Las *Stiftungen* (fundaciones) siempre han sido totalmente dependientes del erario público, y desde entonces, han actuado como conductores de asistencia para los partidos políticos extranjeros con similitudes de ideas, y compromisos sociales. Frecuentemente sus donaciones se han destinado a las fundaciones paralelas ligadas a los partidos políticos en los países receptores.

Desde los años 60 del siglo XX, la fundación Konrad Adenauer fue un canal importante para la asistencia de los partidos y las uniones de partidos de tendencias de *centro derecha* en el espectro político de América Latina.

En los Estados Unidos de América, el Instituto Republicano Internacional – IRI –, vinculado a los dos más grandes partidos estadounidenses, cumple similares funciones de exportación de *valores democráticos occidentales*. Otros muchos gobiernos dan patrocinio público a sus partidos políticos domésticos, y a sus fundaciones políticas afines, entre otros países europeos puede citarse a Austria, Holanda, España, Francia, Italia, Suecia y Alemania.

Se hace necesario entonces, en una primera parte del estudio, realizar un breve bosquejo en el plano comunitario europeo que permita *desvelar* la relación conyugal existente entre los partidos políticos y las fundaciones políticas, y su íntima vinculación con las distintas ramificaciones del poder.

³ Teodori Massimo, *Soldi & Partiti: Quanto costa la democrazia in Italia?*, cit., p. 16.

⁴ *Ibidem*, p. 22.

ANEXO – FINANCIACIÓN DE PARTIDOS Y FUNDACIONES POLÍTICAS CON MENCIÓN EUROPEA.

Nuestra atención se ha de centrar de manera significativa, no tanto en el ligamen funcional, como sí en el nexos y en el esquema de financiación pública de las fundaciones políticas.

La primera parte de este estudio se ha estructurado como crítica al ordoliberalismo, utilizando la reconstrucción normativa del Reglamento (CE) No. 2004/2003, del Parlamento Europeo y del Consejo, del 4 de noviembre de 2003, que regula el estatuto y el financiamiento de los partidos políticos y las fundaciones políticas europeos; y el *iter* del debate legislativo acaecido en sede parlamentaria sobre esta cuestión.

Este análisis centrado en una norma comunitaria habrá de poner al descubierto la tensión existente entre la imagen y la realidad de la Unión Europea actual; la tensión existente entre una Europa ordoliberal y funcional a las contingencias del poder, y la Europa social que promueve la realización democrática de los derechos humanos; la tensión existente entre una Europa fuerte y una Europa débil.

Esta primera parte del estudio cumple también la función de poner al descubierto, en su génesis y en su genealogía, la creación de un *falso histórico*, que sería aquel de la existencia de un *símbolo* como la opinión pública europea, soportada por un inexistente *populus* europeo, y mediatizada por unos partidos políticos y unas fundaciones políticas, con mención europeos. La creación institucional de partidos políticos, de fundaciones políticas y de organizaciones juveniles, subvencionadas e instrumentalizadas por la *governabilità ordoliberal*, habrá de contribuir en un *tiempo histórico* futuro a la *narración* de un pasado legitimante, sin conflictos ni oposiciones, que permitirá escribir también un presente funcionalizado.

2– BREVE REFERENCIA A LA RELACIÓN ENTRE EL DINERO, LA DEMOCRACIA Y LA ACTIVIDAD DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS.

En la época posmoderna en la que se desenvuelve este estudio están en revisión los límites físicos asociados a la idea de la soberanía nacional heredada del *ochocientos*, idea posteriormente consolidada en la década de los 60' del *novecientos* con el amplio proceso de descolonización africana; idea sobre la soberanía estatal nuevamente cuestionada y vuelta a caer en crisis en la década de los 90's luego de la caída del 'muro de Berlín' y el fin de la '*Guerra Fredda*', a partir de concepciones relacionadas con la legitimidad de la intervención humanitaria y la intervención militar como defensa preventiva; también es cierto que se encuentran en revisión los límites académicos y los instrumentos teóricos que debe portar y disponer un jurista para abordar la problemática jurídica global, en un momento de redefinición de la interacción entre el Derecho, la Política y la Economía.

ANEXO – FINANCIACIÓN DE PARTIDOS Y FUNDACIONES POLÍTICAS CON MENCIÓN EUROPEA.

De este modo, sólo se puede abordar el objeto de investigación desde una dimensión que reduzca a la unidad los desdibujados confines de estas tres disciplinas – el Derecho, la Política y la Economía: Nos referimos naturalmente a la dimensión del ‘poder’.

“In questo scenario complesso al giurista non resta che osservare in modo più ravvicinato e critico possibile i veicoli dell’americanizzazione globalizzata, senza cadere nell’ingenuità di ritenere che la tecnica giuridica, possa vivere in un modo comunicante rispetto alle dinamiche generali del potere⁵.”

Expuesto lo anterior como premisa indispensable; y en una retrospectiva histórica, desde la aprobación en el Reino Unido, en el año 1883, de la primera normativa sobre financiación política en tiempos modernos – *La British Corrupt and Illegal Practices Prevention Act* –, casi todos los ordenamientos estatales, en mayor o menor medida, abordan en su regulación la cuestión de la financiación política⁶. *“La relación entre la política y el dinero es antigua, probablemente necesaria e indefectible, seguramente conflictual⁷.”*

Actualmente, los partidos políticos reciben subvención estatal en el 77% de las democracias occidentales consolidadas, esta cifra aumenta a un 91% si se incluyen los países de Europa Central y Oriental; y alcanza un 78% en las democracias de los países latinoamericanos. La regulación de la subvención estatal tiene una menor experiencia en los países africanos, que alcanza un 44%⁸.

Se confirma estadísticamente en el mundo contemporáneo el vínculo indisoluble entre el dinero y la práctica política. La financiación pública de la actividad política aparece, en este sentido, cuantitativamente funcional a la instauración y a la consolidación de una sostenible democracia occidental.

En este contexto deviene imprescindible la adopción de un esquema normativo sobre la financiación de los partidos políticos que no ponga en riesgo los valores fundamentales de la democracia occidental, a saber – la igualdad de los ciudadanos, la libertad de los electores, la autonomía de los elegidos–; y que evite las manifestaciones degenerativas que sean capaces de

⁵ Mattei Ugo, *Il Diritto giurisprudenziale globalizzato ed il progetto imperiale. Qualche spunto*, política del Diritto, XXXVI, n. 1, marzo, 2005, p. 87.

⁶ La República Federal Alemana adoptó en el año 1959 una ley sobre la financiación de los partidos políticos, posteriormente Suecia en el año 1965, Italia en el año 1974, y Francia en el año 1988. En los Estados Unidos en el año 1946 se disciplinó la acción de los grupos de intereses y desde el año 1974 se ha dispuesto una normativa que regula la financiación pública – privada de las elecciones presidenciales.

⁷ Mezzetti Luca, *Finanziamenti e condizionamenti del Partito Politico*, Facoltà di Giurisprudenza dell’ Università di Bologna. 2008. p. 1. Disponible en, http://www.astrid-online.it/~il-siste/Studi--ric/mezzetti_AIC2008.pdf.

⁸ *Idem*.

ANEXO – FINANCIACIÓN DE PARTIDOS Y FUNDACIONES POLÍTICAS CON MENCIÓN EUROPEA.

destruir las bases propias de la democracia – el clientelismo, la corrupción proveniente de un sistema plutocrático, los escándalos provenientes de fondos ilegales aportados por grupos de poder interesados en incidir en el proceso de conformación de la voluntad política, y la conversión de los partidos políticos en apéndices de la administración pública⁹.

En este punto, y sólo a modo de muestra de lo expuesto, se recuerda la crisis que afectó sensiblemente al sistema político alemán en el año 2000; el escándalo desatado por la financiación ilegal proveniente de donaciones anónimas – no justificadas – en el que estuvo involucrada la Unión Demócrata Cristiana – CDU –. La Unión Demócrata Cristiana es el partido afín a la fundación Konrad Adenauer–, y esta crisis afectó sensiblemente el prestigio y el alcance público del ex canciller y presidente honorífico de la formación política, Helmut Kohl¹⁰. La situación se volvió más compleja aún por el suicidio del contable de la Unión Demócrata Cristiana, Wolfgang Hüllen, y el asunto desembocó en el trabajo de investigación de una comisión parlamentaria y en los resultados de la auditoría interna desarrollada. Como resultado de este cataclismo político el presidente de la CDU, el Dr. Wolfgang Schäuble dimitió el 16 de febrero del año 2000, y al frente de los democristianos alemanes fue nombrada la actual canciller Ángela Merkel¹¹.

Un antecedente histórico – reciente – de intento normativo de regulación pública de la financiación política en el espacio comunitario, lo constituyó la iniciativa del Parlamento europeo, que en el año 1998 en ocasión de la resolución sobre el procedimiento electoral según los principios comunes, propuso atribuir un por ciento de financiamiento a los partidos políticos, tomando como base los resultados del escrutinio de lista de tipo proporcional, en el ámbito de una circunscripción única formada al interno de la Unión Europea¹².

Cualquier análisis que se realice en el marco de la Unión Europea va a estar sometido a la tensión entre el *funcionalismo* y el *relativismo* al que se encuentran sujetas las instituciones comunitarias en su labor cotidiana.

Esta tendencia funcionalista alcanza a la elaboración, la aplicación y la interpretación de las normativas jurídicas comunitarias elaboradas sobre premisas *economicistas*, propias del contexto occidental en el cual la valoración axiológica del *progreso social* sólo ha encontrado respuesta en la

⁹ Callejón, F. Balaguer, *Il finanziamento dei partiti politici in Spagna*, en *Finanziamento della politica e corruzione*, de Fulco Lanchester, Pubblicazioni del Dipartimento di Teoria Dello Stato Dell'Università degli Studi di Roma "La Sapienza", N. 13. Milano- Dott. A. Giuffrè Editore, 2000.

¹⁰ Disponible en, <http://www.lasemana.es/archivo/antiguos/143/internacional/int03.html>

¹¹ Disponible en, <http://www.lasemana.es/archivo/antiguos/151/internacional/int03.html>

¹² Vigevani, G. E. , *Parlamento Europeo: una nuova procedura elettorale uniforme*, Quaderni costituzionali, 2003, p. 177.

ANEXO – FINANCIACIÓN DE PARTIDOS Y FUNDACIONES POLÍTICAS CON MENCIÓN EUROPEA.

dimensión unilateral del desarrollo económico, corolario inevitable de la teoría evolucionista del desarrollo unilineal¹³.

El análisis de los partidos políticos europeos no escapa de esta *funcionalización* de las libertades fundamentales consagradas en la Carta de Derechos Fundamentales, y en el caso particular de este estudio, la funcionalización se refiere a la libertad de asociación en el ámbito político europeo y a su instrumentalización por parte de la clase política comunitaria en beneficio propio. Este punto constituye la esencia del análisis de la financiación de los partidos políticos europeos, que se extiende a las fundaciones políticas.

“L’ esperienza ha portato a rinvenire nella logica funzionalista alcuni punti di forza, evidenziati nel raffronto con la logica degli accordi intergovernativi. La logica funzionalista mira a produrre costruzioni di carattere sovranazionale, in cui le prerogative degli Stati nazionali sono in prospettiva trasferite alla nuova costruzione, che può per tale via divenire una realtà retta dal principio democratico e dalla condivisione del patrimonio costituzionale europeo”¹⁴.

La cita anterior es válida para la construcción ‘funcional’ de los partidos políticos a escala supranacional, a escala europea; y debe valorarse como un proceso que continúa fomentándose, desde las propias instituciones comunitarias, orientado a ganar nuevos y mayores espacios de presencia al interno de los estados nacionales. La ‘construcción’ de los partidos políticos europeos no debe valorarse como un eslabón suelto, sino que forma parte de un conjunto de acciones de ‘estatalización’ que repercuten en una consolidación del poder comunitario central, a costa de las transferencias de facultades y competencias desde los estados nacionales miembros.

3 – ANÁLISIS CRÍTICO DEL DESARROLLO NORMATIVO DE LA FINANCIACIÓN PÚBLICA DE LAS FUNDACIONES EUROPEAS.

En este apartado se propone tomar una deriva – un *filone* del análisis – y realizar una reflexión fundada en la reconstrucción de la norma comunitaria que culmina en la financiación pública de las fundaciones políticas.

El análisis ha de comenzar por el vértice del ordenamiento jurídico comunitario, e implica necesariamente abordar el esquema de financiación de los partidos políticos. De este modo, y siempre sobre el soporte de las normas legales de la Unión, el análisis ha de poner de manifiesto el estrecho vínculo existente entre los partidos políticos europeos y las fundaciones políticas europeas, con particular énfasis en el apartado de la financiación.

¹³ Somma, Alessandro, *Tanto per cambiare...Mutazione del Diritto e Mondializzazione nella riflessione comparatistica*, Política del Diritto, XXXVI, n. 1, marzo 2005, p. 107.

¹⁴ Monateri P. G., Somma, Alessandro, *Il Modello di Civil Law, Sistemi Giuridici Comparati*, elaborado por Antonio Procida Mirabelli di Lauro, Terza edizione, G. Giappichelli Editore – Torino, 2009, p. 178.

ANEXO – FINANCIACIÓN DE PARTIDOS Y FUNDACIONES POLÍTICAS CON MENCIÓN EUROPEA.

Con el esquema de exposición que se propone se pretende demostrar que las fundaciones políticas europeas son beneficiarias de una financiación pública, a partir de una interpretación extensiva ‘privatística’ de la norma jurídica comunitaria, a lo cual habría que añadir las nuevas sombras que caen sobre un procedimiento ordinario de co-decisión en la aprobación de un Reglamento – como acto jurídico comunitario¹⁵ – que viene deslegitimado por el vicio de un eventual conflicto, en sede parlamentaria, entre el interés público general de la democracia representativa plural y el interés económico particular partidista; acto jurídico cuyo contenido normativo discrimina sustancialmente a las formaciones políticas menores del espectro político europeo, lo cual equivale a una instrumentalización antidemocrática del derecho comunitario.

Formalmente la fundación política a escala europea viene definida por el Reglamento (CE) no 1524/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2007¹⁶, y en esencia constituye una organización con personalidad jurídica propia, ‘però’, afiliada necesariamente a un partido político a escala europea, al que apoya y complementa en el cumplimiento de sus objetivos.

¿Cómo se financia una fundación política a escala europea?

Grosso modo. A partir del mes de septiembre del año 2008, el Parlamento Europeo asumió la financiación de este tipo de sujetos y les concede anualmente subvenciones para su funcionamiento¹⁷. La subvención puede abarcar *hasta* el 85% de los gastos de una fundación política europea; el 15% restante debe sufragarlos la propia fundación con sus recursos, como por ejemplo las cuotas que abonan los miembros, o las donaciones públicas que provienen de fondos gubernamentales a través de los partidos nacionales.

Se propone comenzar el análisis de la norma por el vértice del ordenamiento jurídico europeo:¹⁸ El Tratado de la Unión Europea, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea¹⁹, y La Carta de

¹⁵ Tratado de la Unión Europea - Artículo 14 –“1. El Parlamento Europeo ejercerá conjuntamente con el Consejo la función legislativa y la función presupuestaria. Ejercerá funciones de control político y consultivas, en las condiciones establecidas en los Tratados.”

¹⁶ Reglamento (CE) no 1524/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2007, “(...)”*fundaciones políticas a escala europea*”: una entidad o red de entidades que tiene personalidad jurídica en un Estado miembro, con que está afiliada a un partido político a escala europea y que a través de sus actividades, dentro de los objetivos y los valores fundamentales perseguidos por la Unión Europea, apoya y complementa los objetivos del partido político a escala europea realizando, en especial, las siguientes funciones(...).”

¹⁷ La concesión de subvenciones está sometida a los principios de transparencia, igualdad de trato, no acumulación, irretroactividad y cofinanciación. Además, la subvención no puede producir beneficio a su beneficiario. Todas las subvenciones concedidas se publican anualmente, respetando los requisitos de confidencialidad y seguridad.

¹⁸ “Uno dei problemi di maggior rilievo in materia è dato dalla definizione della posizione della Carta europea dei diritti nell’ambito della gerarchia delle fonte di diritto comunitario.”, Gambino, Silvio, *Diritti Fondamentali Europei e Trattato Costituzionale*, Política del Derecho, XXXVI, n. 1, 2005, pp3 ss.

ANEXO – FINANCIACIÓN DE PARTIDOS Y FUNDACIONES POLÍTICAS CON MENCIÓN EUROPEA.

Derechos Fundamentales de la Unión Europea, todos documentos jurídicamente vinculantes – ya sin discusión doctrinal²⁰ – desde el 1 de diciembre del año 2009²¹.

3.1 – LO(S) TRATADO(S) DE LA UNIÓN EUROPEA Y LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA.

Se conoce que una de las razones expresas que ha inspirado la modificación del Tratado de la Unión²² y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea radica en el intento de reducir el déficit democrático ‘congénito’ de la Unión Europea. Es, desde esta óptica, que puede comprenderse que sea el Parlamento la institución que haya recibido las mayores novedades del Tratado y emerja más reforzado en sus atribuciones y competencias, en aras de disminuir la distancia ‘mediada’ que separa al ciudadano del centro de decisiones de la Unión²³.

¹⁹ ARTÍCULO I-9 *Derechos fundamentales 1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales que constituye la Parte II.*

²⁰ “Il Parlamento Europeo, il Consiglio e la Commissione adottavano solennemente (Trattato di Nizza) la Carta dei diritti fondamentali - 8 dicembre, 2000-, si trattava di una dichiarazione politica ancora non dotata di valore giuridico vincolante, (...)”, Gambino, Silvio, *Diritti Fondamentali Europei e Trattato Costituzionale*, cit., p. 29.

²¹ Tratado de la Unión Europea - Artículo 6 – “1.La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.”, Tratado de Maastricht, del siete de febrero de 1992, modificado por el Tratado de Lisboa, 2007.

²² Tratado de la Unión Europea - Artículo 1 – “Por el presente Tratado, las ALTAS PARTES CONTRATANTES constituyen entre sí una UNIÓN EUROPEA, en lo sucesivo denominada «Unión», a la que los Estados miembros atribuyen competencias para alcanzar sus objetivos comunes.

El presente Tratado constituye una nueva etapa en el proceso creador de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa, en la cual las decisiones serán tomadas de la forma más abierta y próxima a los ciudadanos que sea posible.

La Unión se fundamenta en el presente Tratado y en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en lo sucesivo denominados "los Tratados"). Ambos Tratados tienen el mismo valor jurídico. La Unión sustituirá y sucederá a la Comunidad Europea.”

²³ Cianco A., *Partiti politici e gruppi parlamentari nell' ordinamento europeo*, *Politica del Diritto*, XXXVIII, n., 2, 2007, pp. 153 ss.

ANEXO – FINANCIACIÓN DE PARTIDOS Y FUNDACIONES POLÍTICAS CON MENCIÓN EUROPEA.

La elección de fondo de un sistema de *democracia representativa* encuentra su solemne enunciación en el Art. 10 del Tratado de la Unión, que pretende perfeccionar el sistema democrático través de la relación directa entre los ciudadanos de la Unión y las instituciones comunitarias.²⁴

El ‘vechío’ artículo 191 del Tratado de Maastricht, hoy abrogado por el Tratado de Lisboa, estableció que:

Art. 191 – “*Los partidos políticos a escala europea constituyen un importante factor para la integración en la Unión. Dichos partidos contribuyen a la formación de la conciencia europea y a expresar la voluntad política de los ciudadanos de la Unión.*”

El Consejo, de conformidad con el procedimiento previsto en el artículo 251, establecerá el estatuto de los partidos políticos a escala europea, y en particular las normas relativas a su financiación.”

Este segundo párrafo, introducido por el Tratado de Niza del año 2001, tiene su origen en la censura establecida por la Corte de Cuentas de la Unión Europea, que hasta ese momento había “gravado” sobre el Balance General de la Comunidad, las dotaciones de medios y recursos puestos a disposición de los partidos políticos, sin que existiera un riguroso fundamento jurídico para ello “*Il silenzio, frutto di una specie di consociativismo finanziario, è stato la regola suprema, rotta (...)*”.²⁵ La interrupción de este canal de financiamiento constituyó la “spinta”²⁶ por lo cual se introdujo el segundo párrafo del artículo 191 en el año 2001²⁷.

Con la nueva redacción otorgada por la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, en la versión consolidada del Tratado de la Unión, en sede de las Disposiciones sobre los Principios Democráticos, en su artículo diez (10), apartado 4; y en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en la Sexta Parte – Disposiciones Institucionales y Financieras–, Título I – Disposiciones Institucionales., Capítulo I – Instituciones–, Sección Primera –, en sede de El Parlamento Europeo–, artículo 224, pueden leerse respectivamente los siguientes apartados:

²⁴ Tratado de la Unión Europea - Artículo 10 “1. *El funcionamiento de la Unión se basa en la democracia representativa. 2. Los ciudadanos estarán directamente representados en la Unión a través del Parlamento Europeo.*”

²⁵ Massimo Teodori, Soldi & Partiti: Quanto costa la democrazia in Italia?, cit., p. 21.

²⁶ Rizzoni G., *Demos europeo e partiti politici: L'Europa alla ricerca di un regolamento*, www.associazionedeicostituzionalisti.it

²⁷ “Es necesario reforzar la cultura de la consulta y del diálogo de todas las instituciones europeas, en particular el Parlamento Europeo dado el papel de representación de la ciudadanía. (...) Los partidos políticos europeos constituyen un importante factor de integración y contribuyen a defender el conocimiento europeo y a expresar las preocupaciones de los ciudadanos”, (COM/2001/428 def.) – El Libro Blanco de la *governance* europea, http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2001/com2001_0428es01.pdf.

ANEXO – FINANCIACIÓN DE PARTIDOS Y FUNDACIONES POLÍTICAS CON MENCIÓN EUROPEA.

Art. 10. 4 – “*Los partidos políticos a escala europea contribuirán a formar la conciencia política europea y a expresar la voluntad de los ciudadanos de la Unión.*”

Art. 224 – “*El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, establecerán mediante reglamentos el estatuto de los partidos políticos a escala europea, a los que se hace referencia en el apartado 4 del artículo 10 del Tratado de la Unión Europea, y en particular las normas relativas a su financiación.*”

Por su parte, la Carta de Derechos Fundamentales con todo el contenido ético ²⁸ y la carga axiológica ²⁹ de que es portadora, establece el apartado 2 del artículo 12, inserto en el capítulo II – Libertades – a modo de garantizar de manera general el derecho de asociación en la esfera política comunitaria, lo siguiente:

Art. 12. 2 – “*Los partidos políticos a escala de la Unión contribuyen a expresar la voluntad política de los ciudadanos de la Unión.*”

No obstante la anterior redacción normativa, y a despecho de tales declaraciones de principios, el proceso de formación de verdaderos partidos políticos de dimensión supranacional se encuentra actualmente en un estado embrionario y en fase de consolidación. Desde el año 1979 el Euro_Parlamento viene elegido por sufragio electoral directo, y los canales de formación de la representación europea han sido asumidos en buena parte por el trabajo desarrollado por los partidos políticos nacionales, que hasta ahora, han considerado las elecciones europeas como de segundo rango respecto a las elecciones nacionales³⁰.

Es frecuente, en la situación actual, que se establezcan juicios negativos acerca de las perspectivas futuras de afirmación de los partidos políticos de dimensión europea, autónomos de los movimientos políticos nacionales.

²⁸ “(...) della incorporazione della Carta europea dei diritti fondamentali ... costituisce già una importante apertura al tema del bilanciamento fra valori economicistici e valori sociali dell’ordinamento comunitario originario. Questi ultimi, così, registrano una novità particolarmente significativa, almeno sotto il profilo simbolico, presentandosi come contenuto fondamentale del patrimonio costituzionale europeo”, Gambino, Silvio, *Diritti Fondamentali Europei e Trattato Costituzionale*, cit., p. 3 e ss.

²⁹ “Non appare dubbio, così, che l’Europa rilascia alle spalle un complesso ordinamento giuridico pensato soprattutto per le merci e il capitali, e si profila all’orizzonte una Europa dei cittadini e dei diritti. Una Europa che potrà attrarre le sensibilità e le culture dei popoli europei, molto più di quanto non ha potuto o saputo fare l’Europa dei mercati e dei mercanti.”, *Ibidem*, p 8.

³⁰ “(...) un sistema europeo de partidos no puede existir” , D. Grimm, *Una costituzione per l’Europa?*, in *Il futuro de la Costituzione*, pp. 356 ss., cui replica J. Habermas, *Una costituzione per L’Europa?*, p. 372 ss.

ANEXO – FINANCIACIÓN DE PARTIDOS Y FUNDACIONES POLÍTICAS CON MENCIÓN EUROPEA.

Muchos autores consideran irrealista la estructuración a nivel europeo de un sistema de partidos estable – lo cual es convergente con la crisis conceptual e institucional del *partido* como organización política –, cuya posición de centralidad al interior de los procesos de selección y de organización de los intereses y conformación de voluntades, se ve desplazada por la crisis ideológica y por la afirmación de los *Lobbies* y los grupos de presión ‘*nel senso dei gruppi di interessi convergenti, antagonistici e in conflitto senza alcuna soggettività politica*’³¹, capaces de elaborar y de imponer sus decisiones políticas a través de circuitos alternativos de aquellos tradicionalmente empleados por la democracia representativa –; las grandes multinacionales protagonistas de la globalización económica son también, indudablemente, fuertes sujetos de interacción política³².

Para continuar perfilando la dirección de esta investigación, se precisa entonces que de la lectura de estos dos apartados normativos, – e incluso de la lectura del artículo 21 del Título V, del Tratado de la Unión referido a la acción exterior–,³³ no se puede considerar o interpretar que esté contenida alguna acción prevista de política exterior comunitaria que recaiga explícitamente en la actividad de los partidos políticos, o en las fundaciones políticas a ellos afines³⁴.

También es cierto que es generoso el texto de la norma jurídica del artículo 21 en su redacción genérica, al no establecer los sujetos o las instituciones en que pueda recaer tal desarrollo de acciones de la política exterior comunitaria.

Retomando el análisis del ordenamiento, y descendiendo en el orden jerárquico de la normativa comunitaria europea, es insoslayable en orden de aparición cronológica, valorar como acto jurídico de la Unión el vigente Reglamento (CE) No. 2004/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, en su versión inicial de fecha 4 de noviembre del año 2003, relativo al estatuto y a la financiación de los partidos políticos a escala europea³⁵.

³¹ Wietholter R., *Diritto dell' economia: Analisi de una «Formula Magica»*, en *L' uso alternativo del diritto*, elaborado por P. Barcellona, Tomo I - *Scienza giuridica e analisi marxista-*, Editori Laterza, 1973, p.221.

³² “(...) *le grandi multinazionali protagoniste della vita economica sono indubbiamente anche soggetti politici forti*”, Mattei Ugo, *Il Diritto giurisprudenziale globalizzato ed il progetto imperiale. Qualche spunto*, *Politica del Diritto*, XXXVI, n. 1, 2005, p. 85.

³³ Tratado de la Unión Europea- Artículo 21 - “(...) *La Unión procurará desarrollar relaciones y crear asociaciones con los terceros países y con las organizaciones internacionales, regionales o mundiales que compartan los principios mencionados en el párrafo primero. Propiciará soluciones multilaterales a los problemas comunes, en particular en el marco de las Naciones Unidas.*”

³⁴ Mattei Ugo, *Il Diritto giurisprudenziale globalizzato ed il progetto imperiale. Qualche spunto*, *política del Diritto*, XXXVI, n. 1, marzo 2005, p. 86.

³⁵ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea- Artículo 288 – “*Para ejercer las competencias de la Unión, las instituciones adoptarán reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes.*”

ANEXO – FINANCIACIÓN DE PARTIDOS Y FUNDACIONES POLÍTICAS CON MENCIÓN EUROPEA.

3.2 – EL REGLAMENTO (CE) NO. 2004/2003 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DEL 4 DE NOVIEMBRE DE 2003.

El Reglamento representa, actualmente, la fuente normativa supranacional que disciplina el proceso a través del cual las fuerzas políticas europeas pueden acceder a los medios financieros comunitarios a su disposición, para alcanzar los objetivos ‘*políticamente correctos*’ perseguidos en el espacio europeo³⁶.

El Reglamento (CE) No. 2004/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003 – publicado el 15 de noviembre de 2003 en el Diario Oficial de la Unión Europea – relativo al estatuto y a la financiación de los partidos políticos a escala europea, define entre otras cuestiones el procedimiento que deben seguir los partidos políticos que opten por recibir la subvención pública en aplicación del Reglamento; el Reglamento sistematiza las condiciones que permiten definir a un partido político como de escala europea, y establece el mecanismo de cumplimiento de las obligaciones destinado a garantizar la transparencia de las fuentes de financiación.

La financiación atribuida en virtud del procedimiento establecido no debe utilizarse para financiar directa o indirectamente a los partidos políticos, o a sus representantes a escala nacional; y estas disposiciones relativas a la financiación deben aplicarse uniformemente a todas las fuerzas políticas representadas en el Parlamento Europeo³⁷. El Reglamento precisa la naturaleza de aquellos gastos que pueden financiarse en virtud del Reglamento.

El artículo 3 apartado c) del referido Reglamento, establece que un partido político de escala europea debe:

“respetar, en particular en su programa y en sus actividades, los principios en los que se basa la Unión Europea: la libertad, la democracia, el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, así como el Estado de Derecho.

El Reglamento, en sede de las obligaciones vinculadas a la financiación, dispone que un partido político a escala europea no aceptará donaciones anónimas, ni donaciones procedentes de los presupuestos de grupos políticos del Parlamento Europeo, no aceptará donaciones de cualquier empresa sobre la que los poderes públicos puedan ejercer directa o indirectamente una influencia dominante en razón de la propiedad, la participación financiera o las normas que la rijan, y tampoco

El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro.”

³⁶ Martinelli, C, *Il finanziamento pubblico dei partiti europei*, Quaderni costituzionali, 2004, p. 416.

³⁷ De conformidad con la Declaración n° 11 relativa al artículo 191 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, aneja al Acta final del Tratado de Niza.

ANEXO – FINANCIACIÓN DE PARTIDOS Y FUNDACIONES POLÍTICAS CON MENCIÓN EUROPEA.

las donaciones superiores a los 12.000 euros por año y por donante, efectuadas por personas físicas o por personas jurídicas.

El Reglamento considera que serán admisibles las cotizaciones de los partidos políticos nacionales que sean miembros de un partido político a escala europea. Estas cotizaciones no podrán ser superiores al 40 % del presupuesto anual de este partido nacional. El artículo 7 del referido Reglamento comunitario define como financiación prohibida, que los partidos políticos a escala europea realicen erogaciones con cargo al presupuesto general de la Unión Europea, o procedente de cualquier otra fuente, para financiar directa o indirectamente a otros partidos políticos europeos, o a otros partidos políticos nacionales, estos últimos continuarán sometidos a la aplicación de sus normas nacionales.

A continuación, el artículo 8 dispone que los créditos recibidos con cargo al presupuesto general de la Unión Europea, conforme a lo dispuesto en el referido Reglamento, sólo podrán utilizarse para cubrir los gastos directamente relacionados con los objetivos establecidos en el programa político del partido político a escala europea.

Realmente, a despecho del título del Reglamento – y a despecho de la redacción del artículo 224 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea –, el contenido de esta norma no regula un verdadero y propio modelo estatutario común a las fuerzas políticas a nivel europeo, y no establece los contenidos típicos de un Estatuto de partido político – es evidente la fractura entre la denominación y el contenido de la norma –. De modo que, siendo menos ambicioso y más pragmático, y siempre en el marco de lo *políticamente correcto*, el Reglamento se limita a establecer el conjunto de reglas que disciplinan y ‘condicionan’ el acceso a los recursos financieros públicos de la Unión Europea para perseguir los objetivos políticos en el ámbito europeo.

Quizás, la razón normativa que justifique la fractura entre el contenido y la forma del Reglamento comunitario, se deba a que *el artículo 153, punto número 5*, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea excluya taxativamente de las competencias comunitarias la regulación del derecho de asociación³⁸.

Téngase en cuenta que este derecho de asociación política, a nivel comunitario, no se puede ejercer a título de persona individual – según la redacción del artículo 1 del Reglamento en cuestión –. Es un derecho de asociación al alcance de personas jurídicas colectivas.

Considerando entonces que el contenido del derecho de asociación no puede ser desarrollado por la norma comunitaria, por ser de competencia exclusiva de los estados nacionales según el principio

³⁸ Artículo 153. 5. “*Las disposiciones del presente artículo no se aplicarán a las remuneraciones, al derecho de asociación y sindicación, al derecho de huelga ni al derecho de cierre patronal.*”, Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

ANEXO – FINANCIACIÓN DE PARTIDOS Y FUNDACIONES POLÍTICAS CON MENCIÓN EUROPEA.

de atribución de delimitación de competencias,³⁹ las instituciones de la Unión sólo se dedican a *financiar* con el dinero del contribuyente comunitario a los partidos políticos con mención europea,⁴⁰ previo certificado de “buen comportamiento”.⁴¹ Este acto ‘políticamente correcto’ de financiación debe considerarse como un ejercicio de subsidiaridad en relación con el derecho de asociación política.⁴²

El Parlamento Europeo constituye el primer órgano supranacional en el cual la representación no se articula por países, sino en base a la filiación ideológica y al juego político de los grupos de diputados provenientes de partidos políticos nacionales afines, que se identifican bajo las premisas de un mismo programa político y no por la derivación nacional de sus componentes.⁴³ Sobre todo después de la introducción de la elección directa, el Parlamento se conformó como un órgano marcadamente de grupos y no de delegaciones nacionales o de individuos; de todo lo cual emerge una sensible diferencia respecto al resto de las instituciones europeas, y por ende, su aproximación a los modelos parlamentarios estatales⁴⁴.

En sede de reparto del crédito público – que es la esencia económica del Reglamento –, la disposición establece en su artículo 10 lo siguiente, y cito:

“*Artículo 10 – Reparto.*

³⁹ Artículo 5. “*La delimitación de las competencias de la Unión se rige por el principio de atribución. El ejercicio de las competencias de la Unión se rige por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.*”, Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

⁴⁰ Artículo 3.6. “*La Unión perseguirá sus objetivos por los medios apropiados, de acuerdo con las competencias que se le atribuyen en los Tratados.*”, Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

⁴¹ Gambino, Silvio, *Diritti Fondamentali Europei e Trattato Costituzionale*, cit., pp. 3 ss.

⁴² Artículo 5. 3. “*En virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión.*”, Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

⁴³ “*Artículo 30 : Constitución de los grupos políticos 1. Los diputados podrán organizarse en grupos de acuerdo con sus afinidades políticas. (Generalmente el Parlamento no necesita evaluar la afinidad política de los miembros de un grupo. Cuando se constituye un grupo con arreglo al presente artículo, los miembros del mismo aceptan por definición que existe entre ellos una afinidad política. Únicamente es preciso que el Parlamento evalúe si el grupo se ha constituido de conformidad con el Reglamento cuando los diputados interesados niegan la existencia de dicha afinidad.)*”, Reglamento del Parlamento Europeo, Disponible en, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+RULES-EP+20091201+TOC+DOC+XML+V0//ES&language=ES>

⁴⁴ Ver sentencia de casación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto c-486/01 P, Font National contra el Parlamento Europeo,

ANEXO – FINANCIACIÓN DE PARTIDOS Y FUNDACIONES POLÍTICAS CON MENCIÓN EUROPEA.

1. *Los créditos disponibles se distribuirán anualmente de la siguiente manera entre los partidos políticos a escala europea que hayan obtenido una respuesta positiva a la solicitud de financiación contemplada en el artículo 4:*

- a) *Un 15 % se distribuirá a partes iguales;*
- b) *un 85 % se distribuirá entre aquellos que tengan diputados al Parlamento Europeo, en proporción al número de diputados.*
- c) *A los efectos de estas disposiciones, un diputado al Parlamento Europeo no podrá ser miembro de más de un partido político a escala europea.2. La financiación con cargo al presupuesto general de la Unión Europea no excederá del 75 % del presupuesto de un partido político a escala europea. La carga de la prueba recaerá sobre el partido político a escala europea de que se trate.”*

El contenido de este artículo es el núcleo “duro” del Reglamento, y es significativo en cuanto a que ‘rompe desproporcionalmente’ la igualdad sustancial a la cual deben aspirar los sujetos políticos para un ejercicio de mayor ‘apertura’ en el proceso de elaboración de las políticas de la Unión Europea; y en su contenido y alcance atenta contra el reforzamiento del debate legislativo⁴⁵. El artículo del Reglamento Comunitario traspone explícitamente, por primera vez en la democracia comunitaria, un modelo típico de financiamiento político heredado de la cultura jurídica liberal ochocentista, cual símil de la ‘democracia accionaria’ en la sociedad por acciones⁴⁶.

¿Cuántas lecturas pueden realizarse sobre el significado que tiene la aprobación del Reglamento (CE)?

Una lectura – que se propone – es la siguiente: Significa que se está ‘a la luz del sol’ en presencia de una operación de auto validación y de autolegitimación de la clase política dominante europea, empeñada – y *empañada* – en su auto reafirmación en el poder y en la consolidación partidista del *statu quo*. Téngase en cuenta que los mismos eurodiputados que han aprobado la norma de financiación de los partidos políticos, lo son – eurodiputados – por ser candidatos de los propios partidos políticos beneficiados por el contenido de la norma.

El conflicto ético y de intereses es evidente para el parlamentario en su doble condición de “servidor público”, como co-legislador y como militante político, que tiene que decidir entre un asunto de ‘interés general’ – un más pleno ejercicio de la democracia representativa y plural – y una

⁴⁵ COM/2001/428 def.) – El Libro Blanco de la *governance* europea, http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2001/com2001_0428es01.pdf.

⁴⁶ Cantaro Antonio, Carriere Mimmo, *Percorsi di democrazia economica*, Democrazia e Diritto, 1988, p. 108 ss.

ANEXO – FINANCIACIÓN DE PARTIDOS Y FUNDACIONES POLÍTICAS CON MENCIÓN EUROPEA.

cuestión de ‘interés particular’ de marcado carácter económico en el que tienen un interés directo en su regulación, gestión, control y decisión, como militante partidista ⁴⁷.

La integridad de la manifestación de la voluntad del legislador–mandatario está viciada al estar constreñido el interés general del espíritu pluralista democrático, por un interés económico partidista. Sombra de vicio, que se manifiesta aún mayor, por el propio contenido de la norma de financiación que beneficia ‘*desproporcionadamente*’ ⁴⁸ a las grandes formaciones partidistas, en desmedro de las formaciones políticas menores.

Este análisis es convergente con la virtualidad del mandato representativo de los eurodiputados y su sometimiento a la disciplina partidista⁴⁹, cual si fuere el mandato imperativo prohibido por la propia legislación comunitaria y las legislaciones nacionales⁵⁰. La apuesta comunitaria por el modelo de democracia representativa liberal, a la usanza del siglo XVIII, y el reconocimiento del papel de los partidos en el sistema político, es la expresión más clara del correctivo aplicado a las expectativas democráticas del siglo XXI. La incontestable apuesta jurídica por el mandato representativo marca un abismo – y una escandalosa contraposición – con las manifestaciones de la realidad política que niegan su vigencia efectiva – la férrea disciplina de los partidos y el condicionamiento que los mismos ejercen en la actuación parlamentaria de sus diputados, la dependencia de éstos a la hora de las votaciones de los grupos parlamentarios, la subordinación a la maquinaria partidista en el momento de confeccionar las listas electorales, el sistema de sanciones al diputado indisciplinado –,

⁴⁷ La prevalencia de la realidad política sobre la realidad jurídica no supone ni una violación, ni una ruptura del orden constitucional (*Verfassungsdurchbrechung*), sino más bien lo que los alemanes llaman una «mutación constitucional» (*Verfassungswandel*). El hecho de que los diputados, acepten como normal el no hacer uso de las facultades que pudieran derivar de la prohibición del mandato imperativo, y, voluntariamente se sometan a las decisiones de los partidos, significa que no se puede imputar jurídicamente a éstos la violación del mandato representativo, mientras el diputado ejerce la libertad que dicho mandato le confiere. Y, naturalmente, una forma de ejercitarla es la de someterse voluntaria y libremente a la disciplina parlamentaria del partido. En definitiva, se trata de un fenómeno explicable políticamente y que, desde fuera del Derecho Constitucional, crea una «situación constitucional» divergente a la prevista en la norma. Y en eso es en lo que, a la postre, consiste la «mutación constitucional», Hesse, K., *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, 1984, pp. 25, 98 ss.

⁴⁸ “(...) Se subraya que la acción de la Unión Europea deberá ser equilibrada y proporcional a los objetivos políticos perseguidos (...) de este modo, la reforma de la *governance* europea aumentará la capacidad de la Unión de influir sobre los acontecimientos mundiales.”, (COM/2001/428 def.) – El Libro Blanco de la *governance* europea, http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2001/com2001_0428es01.pdf.

⁴⁹ Uras D., *L'assemblea costituente ed il principio rappresentativo nel problema costituzionale italiano*, Roma, 1944, pp. 63 y ss. Virga P., *Il partito nell'ordinamento giuridico*, Milan, 1948, pp. 154 y ss. Torres del Moral, A., «Crisis del mandato representativo en el Estado de partidos», en *Revista de Derecho Político*, núm. 14, Madrid, 1982.

⁵⁰ Ver artículo 38 de la Ley Fundamental de Bonn, el artículo 67 de la Constitución italiana, el artículo 4 de la Constitución francesa, y el artículo 67.2 de la Constitución española.

ANEXO – FINANCIACIÓN DE PARTIDOS Y FUNDACIONES POLÍTICAS CON MENCIÓN EUROPEA.

constituyen otras tantas manifestaciones del hecho de la vinculación y sometimiento real de los parlamentarios a los dictados de las organizaciones políticas a que pertenecen ⁵¹.

La aprobación del Reglamento dejó sometido el interés general y plural en el cual se inspira el carácter liberal de la democracia representativa, al interés particular y económico de los partidos políticos. De este modo, el *'pacto original'* por el cual nace el estatuto de los partidos políticos europeos, nace, cual *'pecado original'* teleológico, marcado por el vicio del dinero.

Ante la hipótesis de un conflicto de intereses se puede formular la pregunta: ¿Pudo el legislador parlamentario declararse impedido? La respuesta formal sería 'No', por cuanto no se hubiese alcanzado el acto legislativo de la Unión, que exige el cumplimiento del procedimiento ordinario de co decisión, establecido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

En este punto estamos en sede de la franca *"impostazione funzionalistica"* de una norma primaria garantista –como es la Carta de Derechos Fundamentales – en cuanto a la libertad fundamental de asociación política de los ciudadanos europeos, practicada a través de una norma de derecho derivado comunitario como es el Reglamento Comunitario (CE) No. 2004/2003.

De significativo interés puede resultar la lectura del artículo 9, del referido Reglamento, en particular los apartados tres (3) y seis (6), tanto por su 'sutileza' como por su trascendencia económica y significación en el tiempo.

Resulta entonces, que en sede de ejecución y control de las subvenciones públicas⁵², el apartado 3 del artículo 9, establece que el control de las financiaciones concedidas se ejercerá de acuerdo con el Reglamento Financiero de la Unión Europea y las disposiciones de aplicación del mismo; y acto seguido establece una mayúscula excepción en el apartado 6, y dispone que la financiación de los

⁵¹ *"Il vero interrogativo cui Grossi ci sollecita e il ripensamento di quella concezione della rappresentanza politica che si è affermata con la rivoluzione illuministica e che ha poi condotto al degrado delle moderne democrazie-parlamentari.*

Il suo sguardo di storico (...) Ecco, questo principio è ormai entrato in crisi, una crisi che appare irreversibile e che contagia un po' tutti i sistemi democratici contemporanei. Stiamo pagando il dacio, evidentemente, a processi involucionisti che stanno mettendo inesorabilmente a nudo il volto anti-rappresentativo della democrazia politica e denunciano qualche passaggio, anche logico-concettuale, dato troppo frettolosamente per scontato.", Conte G., articoli L'eredità della modernità giuridica. In margine a un recente volume di Paolo Grossi sulla storia giuridica europea, Grossi, P., L'Europa del Diritto, Bari-Roma, 2007.

⁵² *"Art. 108 I. Las subvenciones son contribuciones financieras directas a cargo del presupuesto, que se conceden a título de liberalidad con objeto de financiar: a) bien una acción destinada a promover la realización de un objetivo de alguna de las políticas de la Unión Europea, b) bien el funcionamiento de un organismo que persiga un objetivo de interés general europeo o un objetivo de alguna de las políticas de la Unión Europea.", REGLAMENTO (CE, Euratom) no 1605/2002 DEL CONSEJO, de 25 de junio de 2002, por el que se aprueba el Reglamento financiero aplicable al presupuesto general de las Comunidades Europeas, publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, el 16 de septiembre de 2002.*

ANEXO – FINANCIACIÓN DE PARTIDOS Y FUNDACIONES POLÍTICAS CON MENCIÓN EUROPEA.

partidos políticos a escala europea, en calidad de organismos que persigan ‘un objetivo de interés general europeo’, no estará sujeta a lo dispuesto en el artículo 113 del Reglamento Financiero ‘en relación con el carácter degresivo de dicha financiación’⁵³.

De este modo ‘sutil’ el Parlamento Europeo estableció ‘normativamente’ la tendencia sostenida al incremento de los gastos de la democracia europea, y en particular los gastos asociados a los partidos políticos de mención europea. Al dejar sin efecto particular la norma de carácter general que establece el ‘carácter degresivo’ de la subvención pública, el Parlamento Europeo acentuó y aseguró la futura dependencia económica de los partidos políticos, y en la consiguiente evolución de la norma – como se verá más adelante – de las fundaciones políticas.

La demostración de lo expuesto se podrá analizar en el apartado 5 – *Proporcionalidad inversa entre el dinero y la democracia representativa de la Unión Europea* – de esta Primera Parte; en el cual se puede constatar el sostenido aumento de las subvenciones públicas a los partidos políticos; de modo que la negación ‘expresa’ del ‘carácter degresivo’ de los gastos de los partidos políticos, se ha convertido en la aceptación ‘tácita’ del ‘carácter progresivo’ del monto de las subvenciones públicas.

Dos cuestiones fundamentales serían el corolario de lo analizado hasta este punto, que pueden exponerse en forma de preguntas:

Primero:

- a) ¿Los partidos políticos europeos han quedado ‘sometidos cómo apéndices económicos’ de las instituciones de la Unión Europea?;
- b) ¿Los partidos políticos han ‘secuestrado’ al Parlamento Europeo como institución representativa de la Unión Europea?;
- c) ¿Se ha establecido una relación simbiótica entre los partidos políticos y el Parlamento Europeo, y han ‘secuestrado’ a la Democracia?;

Segundo:

Si la subvención pública ‘progresiva’ de los partidos políticos se justifica por el ‘interés general europeo’;

⁵³ “Art. 118 . 2. Salvo que en el acto de base se disponga otra cosa en favor de organismos que persigan un objetivo de interés general europeo, las subvenciones de funcionamiento serán degresivas en caso de renovación.”, REGLAMENTO (CE, Euratom) no 1605/2002, DEL CONSEJO, de 25 de junio de 2002, por el que se aprueba el Reglamento financiero aplicable al presupuesto general de las Comunidades Europeas, publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, el 16 de septiembre de 2002.

ANEXO – FINANCIACIÓN DE PARTIDOS Y FUNDACIONES POLÍTICAS CON MENCIÓN EUROPEA.

c) ¿Es posible que el contenido de la norma de financiación atente contra el funcionamiento de la Unión Europea, basada en el ‘principio liberal’ de la democracia representativa y en los valores de respeto a la democracia en una sociedad plural?

En las respuestas – individuales aunque integradas – a estas preguntas se encuentra la concepción personal sobre cómo está implementada y cómo debe implementarse la democracia en la sociedad europea contemporánea⁵⁴.

Quizás se eche en falta en el proceso de toma de decisiones por el legislador comunitario, en relación con la asignación de los recursos económicos propios de la Unión, el cumplimiento de lo establecido en el apartado tercero del artículo 10 del Tratado de la Unión:

“Todo ciudadano tiene derecho a participar en la vida democrática de la Unión. Las decisiones serán tomadas de la forma más abierta y próxima posible a los ciudadanos.”

3.3 – LA DECISIÓN DE LA MESA DEL PARLAMENTO EUROPEO, DEL 29 DE MARZO DE 2004.

Una vez aprobado el referido Reglamento mediante el procedimiento ordinario de co-decisión, correspondió al Parlamento Europeo aprobar un acto de desarrollo normativo que permitiera la implementación de la financiación pública en cuestión.

La Decisión de la Mesa del Parlamento Europeo, del 29 de marzo de 2004, estableció las normas de ejecución del Reglamento (CE) No. 2004/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo al estatuto y la financiación de los partidos políticos a escala europea⁵⁵. Esta norma entró en vigor al día siguiente de su publicación oficial, el 12 de junio de 2004.

El documento manifiesta en su parte expositiva el carácter de subvención de la ayuda económica a los partidos políticos a escala europea:

“Considerando que:

⁵⁴ Para valorar una opinión contraria referida a conflicto entre instituciones de la Unión y la actividad política, “*Se señala que un supuesto “interés general europeo” entrará en insalvable contradicción con la “política”. Al autor de estas líneas le sorprende y le parece preocupante que opiniones que pretenden contribuir al debate sobre la forma de gobierno en una democracia traduzcan tanto una visión ontológicamente peyorativa de la política como que sea posible encontrar un “interés general europeo” objetivo y desmarcado, por tanto, de los intereses de los representantes inmediatos de los ciudadanos europeos.*”, Guillén, Enrique López, [El Parlamento Europeo, Revista de derecho constitucional europeo, N.º. 3, 2005](#), pp. 57-86.

⁵⁵ Diario Oficial de la Unión Europea, 12 de junio de 2004, Decisión de la Mesa del Parlamento Europeo. Disponible en, http://www.mir.es/DGPI/Normativa/Normativa_UE/pdf/c_15520040612es00010025.pdf,

ANEXO – FINANCIACIÓN DE PARTIDOS Y FUNDACIONES POLÍTICAS CON MENCIÓN EUROPEA.

(1) Deben definirse las modalidades para la concesión y la gestión de las subvenciones destinadas a contribuir a la financiación de los partidos políticos a escala europea.

(2) El apoyo financiero a los partidos políticos a escala europea constituye una subvención en el sentido de los artículos 108 y siguientes del Reglamento financiero.”

De este modo la Decisión de la Mesa del Parlamento Europeo, del 29 de marzo de 2004, estableció el Formulario de solicitud de subvención a compilar por el partido político europeo; y el Convenio de Subvención de Funcionamiento, cuya una de las partes en suscribirlo es el Parlamento Europeo. El Convenio de Subvención – en esencia un contrato de adhesión – consta de un articulado suficientemente amplio, y con un anexo que describe la estructura analítica de las estimaciones presupuestarias de funcionamiento, objeto de las subvenciones.

Las subvenciones públicas cubren más de 30 apartados organizados en rúbricas, que permiten el funcionamiento y la actividad de los partidos políticos a escala europea, de este modo las rúbricas se encuentran denominadas del siguiente modo:

- 1- Gastos de personal (sueldos, formación profesional, gastos de misión, etc.);
- 2- Gastos de Infraestructura y Explotación (alquiler, gastos de amortización de bienes muebles e inmuebles, papelería, franqueo y telecomunicaciones, impresión traducción y reproducción, etc.);
- 3- Gastos de Funcionamiento (gastos de estudio, de investigación, de bases de datos, de contabilidad y auditoría, jurídicos, gastos de actos transfronterizos, etc.);
- 4- Reuniones y gastos de representación (gastos de reuniones del partido político, participación en seminarios, conferencias, gastos de representación, invitaciones, otras reuniones, etc.);
- 5- Gastos de información y publicaciones (gastos de publicación, de publicidad, de creación y explotación de sitios web, seminarios, exposiciones, etc.);
- 6- Gastos relativos a las contribuciones en especie.

La *moderna* aceptación de la desigualdad material entre ciudadanos – arrastrada como funesta carga privatístico *pessante* sobre la base de la igualdad jurídica del *Codice Civile* napoleónico de 1804 –, se levanta como espectro fastamagórico ante la democracia europea del siglo XXI y se hace presente, una vez más, en el derecho comunitario de matriz ordoliberal. En virtud del Reglamento, las ‘minorías políticas partidistas’ en el seno del Parlamento Europeo, quedaron condenadas a menores oportunidades de movilidad social, tendrán menos oportunidades democráticas de alcanzar mejores resultados políticos, porque tendrán menos recursos para gastos de personal, para gastos de inmuebles, para gastos de papelería, de franqueo y de telecomunicaciones; menores recursos para la

ANEXO – FINANCIACIÓN DE PARTIDOS Y FUNDACIONES POLÍTICAS CON MENCIÓN EUROPEA.

participación en seminarios y en conferencias, y menores gastos de representación, de publicación y de publicidad, entre otros.

Todo lo cual se traduce – para las menores formaciones políticas – a estar condenadas por la norma comunitaria a extinguirse; o en el mejor de los casos, quedan resignadas a *subsistir políticamente*, con menores oportunidades, renunciando a un mayor desempeño de su actividad; y en el peor de los casos, quedan castigadas a desnaturalizarse y a difuminarse en una masa sin coherencia ni significado. Todo lo cual es el resultado directo del ejercicio *arbitrario* de los co-legisladores, que han mostrado una actitud reacia – en beneficio propio – de establecer normas más equitativas de promoción de la democracia representativa y plural.

De este esquema señalado de financiación pública, se beneficia el partido del gobierno alemán de la Unión Demócrata Cristiana – CDU – al cual está afiliada la fundación política Konrad Adenauer. La CDU en coalición con otros partidos políticos *de derechas* conforman el Grupo del Partido Popular Europeo (Demócrata–cristianos), que actualmente en la 7^{ma} legislatura del Parlamento Europeo cuenta con una mayoría de 265 diputados europeo sobre un total de 736, erigiéndose como el principal grupo político.

Es evidente que la propia definición de la subvención pública aplicada a los partidos políticos europeos, considerando que persiguen un objetivo de interés general de la Unión, como un modo de implementación del derecho fundamental comunitario de asociación para la articulación de la democracia representativa⁵⁶, se corresponde con una actividad interpretativa y de aplicación a todas luces funcional a la *ideología política* que domina en el seno de las instituciones *democráticas* de la Unión Europea, a saber, la implementación de la ideología asociada al modelo de *Economía Social de Mercado*⁵⁷ en el escenario comunitario. Y es expresión de la corriente del neoliberalismo global en su versión ordoliberal europea⁵⁸.

Continuemos entonces para mayor claridad y demostración de lo expuesto – el sentido y alcance ordoliberal de la norma de financiación de los partidos políticos–, a continuar desarrollando el proceso de ‘reconstrucción interna’, en sede legislativa, de la evolución del Reglamento de financiación; – análisis extensivo, como se verá más adelante –, al esquema de financiación de las fundaciones políticas:

⁵⁶ Ferigo, Mariaelena, “*Il Bill of Rights della Costituzione europea*”, Università della Calabria, 2002-2003.

⁵⁷ Artículo 3, apartado 3– “3. La Unión establecerá un mercado interior. Obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico.”, del Tratado de la Unión Europea.

⁵⁸ “*Nell’ordinamento troviamo dichiarazioni non precettive, che possiamo chiamare declamazioni (...) Le proposizioni di tipo declamatorio sono spesso collegate ad un’ideologia.*”, Sacco, Rodolfo, *Trattato di Diritto Comparato*, UTET, 1996, p. 6.

ANEXO – FINANCIACIÓN DE PARTIDOS Y FUNDACIONES POLÍTICAS CON MENCIÓN EUROPEA.

La ‘reconstrucción interna’ de la norma debe comenzar entonces por reconocer cuestiones esenciales de la conformación *del poder* al interno de la sede legislativa. El abordar las cuestiones esenciales de la actividad política es una parte ineludible del estudio del contexto político comunitario, sin el cual el alcance de cualquier estudio jurídico quedaría sensiblemente mermado.

“Assicurare l’esclusiva attribuzione del dominio ai privati e dell’impero al sovrano, è la formula da cui discende il mito della separazione tra il diritto e la politica, sponsorizzato dalla retorica sulla tradizione giuridica occidentale. E con esso una visione del primo come mera tecnica dell’amministrazione, chiamata a ridurre le forme di esercizio della democrazia a spazio circoscritto e funzionale al mantenimento dell’autonomia dell’economico e del primato della ratio produttiva⁵⁹.”

El 10 de diciembre del año 2009, el eurodiputado y ciudadano español Antonio López-Istúriz, que también es miembro de la Ejecutiva nacional del Partido Popular español, obtuvo el voto mayoritario de los delegados de los 74 partidos políticos miembros del Grupo del Partido Popular Europeo (Demócrata–Cristianos) presentes en Bonn, y fue reelecto en su cargo como Presidente del Partido Popular Europeo (Demócrata–cristianos).

3.4 – LA RESOLUCIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO (2005/2224(INI)) – SOBRE LOS PARTIDOS POLÍTICOS EUROPEOS, DEL 23 DE MARZO DEL AÑO 2006.

Retomando el itinerario y continuando con la progresión normativa comunitaria, tanto en tiempo como en jerarquía, corresponde el análisis de la Resolución del Parlamento Europeo sobre los partidos políticos europeos – Informe sobre los partidos políticos (2005/2224(INI)) –, del 23 de marzo del año 2006.

Este documento, elaborado por el Parlamento, tiene su fundamento de derecho en el artículo 12 del referido Reglamento (CE) No. 2004/2003⁶⁰, el cual garantizaba desde su promulgación la revisión del contenido de la norma como resultado de la experiencia de su aplicación; es una norma que expone, detalladamente, el parecer político de la mayoría parlamentaria sobre la importancia y significación de los partidos políticos de dimensión europea, para la consolidación de la identidad comunitaria.

⁵⁹ Somma, Alessandro, *Temi e Problemi di Diritto Comparato. Tecniche e valori nella ricerca comparatistica*, G. Giappichelli Editore – Torino, 2005, p. 205.

⁶⁰ Reglamento (CE) No. 2004/2003 – Artículo 12 – Informe - “A más tardar el 15 de febrero de 2006, el Parlamento Europeo publicará un informe sobre la aplicación del presente Reglamento y sobre las actividades financiadas. El informe indicará, en su caso, las eventuales modificaciones que deban introducirse en el sistema de financiación.”

ANEXO – FINANCIACIÓN DE PARTIDOS Y FUNDACIONES POLÍTICAS CON MENCIÓN EUROPEA.

En la fase de redacción y discusión de la Resolución, del 23 de marzo del año 2006, se tuvo en cuenta el Informe de la Comisión de Asuntos Constitucionales y la opinión de la Comisión de Asuntos Jurídicos⁶¹. Ambas Comisiones trabajaron en función de la legitimación del *poder constituido* por las grandes formaciones políticas al interno del Parlamento, ‘como lugar de formación de la voluntad general y de ejercicio del poder legislativo’.

Es interesante prestarle atención a algunos de los puntos que establece la opinión expuesta por la Comisión de Asuntos Jurídicos, presentada y aprobada el día 31 de enero del año 2006, y cuyo ponente fuere el referido ciudadano español Antonio López-Istúriz, Presidente del Partido Popular Europeo (Demócrata-cristianos). Entre las cuestiones que merecen ser mencionadas, tanto en la parte expositiva como en la parte *dispositiva* del documento de Opinión, citamos las siguientes: ⁶² “

A. Considerando que los partidos políticos europeos, como cualquier otra organización con fines lucrativos o sin ellos, tienen que tener una mínima seguridad financiera para sus planes a largo plazo, en particular porque han de cumplir los compromisos asumidos frente a sus empleados, proveedores y contratistas por un largo periodo de tiempo,

E. Considerando que la actual situación hace que, desde el punto de vista financiero, los partidos dependan en gran medida del Parlamento Europeo, ya que sólo pueden financiar sus compromisos a largo plazo si hay un flujo de subvenciones constante y seguro por parte del Parlamento,

F. Considerando que la actual situación no fomenta que los partidos políticos europeos realicen una verdadera gestión financiera, puesto que no hay verdaderos incentivos para aplicar los principios de la eficiencia económica en la gestión del gasto,

J. Considerando que, actualmente, los partidos políticos europeos pueden gozar de un estatuto jurídico basado en la personalidad jurídica que tienen en el país donde tienen su sede; que algunos partidos han elegido la forma jurídica de una asociación belga de carácter no lucrativo, mientras que otros han optado por la forma jurídica de una asociación internacional de carácter no lucrativo,

K. Considerando, no obstante, que el desequilibrio entre el trato fiscal de los partidos políticos europeos y el aplicado a las Instituciones comunitarias sigue siendo considerable,

L. Considerando que el informe del Secretario General suscita serias dudas respecto de si el artículo 191 del Tratado CE constituye un fundamento jurídico adecuado para resolver la cuestión de la personalidad jurídica de los partidos políticos europeos en virtud del Derecho comunitario,

⁶¹ Disponible en, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:292E:0127:0131:ES:PDF>.

⁶² Opinión de la Comisión de Asuntos Jurídicos para la Comisión de Asuntos Constitucionales, 1 febrero, 2006, Disponible en, http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/ad/600/600104/600104es.pdf

ANEXO – FINANCIACIÓN DE PARTIDOS Y FUNDACIONES POLÍTICAS CON MENCIÓN EUROPEA.

2. *Considera que se debe conceder a los partidos políticos europeos un grado mínimo de estabilidad financiera, y acoge con satisfacción la propuesta de establecer un marco financiero plurianual al inicio de cada legislatura, con respecto tanto al importe de base por partido (15 % del presupuesto total) como al importe adicional proporcional al número de diputados al PE con que cuentan los partidos (85 % del presupuesto total), permitiendo, de este modo, que los actuales partidos políticos emprendan la planificación a largo plazo necesaria por lo que respecta a sus actividades políticas, a sus programas y a su personal, así como en relación con los medios necesarios para su aplicación;*

3. *Se muestra convencido de que, dado que los partidos políticos europeos funcionan gracias a la financiación pública y al dinero del contribuyente, se les debe alentar a trabajar de modo económicamente eficaz, y acoge con satisfacción la idea de modificar el apartado 2 del artículo 109 del Reglamento financiero (Reglamento (CE) n° 1605/2002) y el apartado 3 del artículo 7 de la Decisión de la Mesa de 29 de marzo de 2004 al efecto, o de insertar una excepción en el Reglamento (CE) n° 2004/2003;*

4. *Subraya la necesidad de autorizar a los partidos políticos europeos a constituir reservas e imponer límites al importe que se puede ahorrar y transferir a los próximos ejercicios financieros; acoge con satisfacción la propuesta de estos partidos políticos de que se permita el mantenimiento en la reserva del 25 % de los excedentes que pudieran quedar al final del ejercicio;*

5. *Considera que la limitación de transferencia de dinero entre rúbricas presupuestaria es inaceptable, ya que las acciones de los partidos políticos europeos reflejan la realidad política, y ésta puede cambiar (sirva como ejemplo el rechazo de la Constitución Europea 1 DO L 248 de 16.9.2002, p. 1.*

7. *Considera que es legítimo que los partidos políticos europeos pidan que su estatuto se equipare al de las Instituciones europeas, y pide a la Mesa del Parlamento que continúe examinando esta cuestión.”*

No ha de profundizarse, en sede de financiación de los partidos políticos – como vía de exposición para alcanzar el análisis de las fundaciones políticas – sobre la cuestión relacionada con la existencia, o no, de una sólida fundamentación legal en el Derecho Comunitario – ver los referidos previamente Art. 10.4 y Art. 224 de los Tratados de la Unión –, que respalde la existencia de la personalidad jurídica de los partidos políticos a escala europea; sobre este particular sólo mencionar que la cuestión no es pacífica – Ver letra L de la Opinión ⁶³.

⁶³ No se encuentra en el texto del Tratado de la Unión en relación con los partidos políticos con mención europea, una redacción similar a la empleada en los Art. 47 – *La Unión tiene personalidad jurídica propia*. Art. 282.3 – *El Banco Central Europeo tendrá personalidad jurídica*. Art. 308 – *El Banco Europeo de Inversiones tendrá personalidad jurídica*, (...) esta puede ser la causa que motive la petición – anteriormente vista – de la Comisión de Asuntos Jurídicos en el

ANEXO – FINANCIACIÓN DE PARTIDOS Y FUNDACIONES POLÍTICAS CON MENCIÓN EUROPEA.

Esta extensa cita realizada sobre la opinión presentada por la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo⁶⁴, pone de manifiesto tres cuestiones que tienen trascendencia para el desarrollo y la conclusión de esta tesis de investigación, dado que evidencian la naturaleza del vínculo institucional y las ramificaciones entre el poder político, los partidos políticos y las fundaciones políticas. Naturaleza institucional del *potere* que luego será *exportada* y reproducida por la actividad de la Konrad Adenauer Stiftung en Latinoamérica, como más adelante se verá en la tercera parte de este estudio.

La primera cuestión que hemos denominado *gestión empresarial* de los partidos políticos europeos, queda contenida en los “*criteri di economicità*”, reflejada entre otras expresiones, en las siguientes: “*seguridad financiera*”, “*estabilidad financiera*”, “*verdadera gestión financiera*”, “*principios de eficiencia económica*” y “*económicamente eficaz*”. Este discurso legislativo, que considera en primer plano el principio de eficiencia, apela al Análisis económico del derecho en aplicación del método funcionalista, en el cual destaca la aproximación a la concepción funcionalista del derecho al resaltar el carácter finalista del sistema, y adoptar criterios prescriptivos acerca del modo de estructurar el sistema de convivencia social. Adoptar criterios económicos de ‘*misura*’ para valorar el desenvolvimiento político, significa, en esencia, trasladar las leyes del mercado al circuito de la política⁶⁵.

La segunda cuestión trascendente – que explícitamente se aborda en la *Opinión* –, se refiere a lo que hemos denominado *institucionalización partidista*, que queda al descubierto en el proceso de gestación de la equiparación de los partidos políticos a las instituciones europeas, manifestada expresamente en el punto número siete (7) de la *Opinión*, e implícitamente en expresiones como: “*flujo de subvenciones constante y seguro*”, “*financiación pública y dinero del contribuyente*”, “*desequilibrio en el trato fiscal*” y “*asociación internacional de carácter no lucrativa*”. Esta reflexión sobre la institucionalización partidista puede acompañarse de la referencia de la dogmática seguida por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que ha ubicado su mención a la financiación de los partidos políticos en la Sexta Parte del Tratado, en el Título de Disposiciones Fundamentales, en la Sección primera, referida al Parlamento Europeo.

Informe sobre el Reglamento 2004/2003, en relación con recabar la personalidad jurídica de los partidos políticos europeos, y su equiparación a las instituciones europeas.

⁶⁴ “*E così, a mano a mano, il giurista è divenuto l'interprete della società, l'ingegnere sociale, il mediatore di conflitti, il consigliere privilegiato della classe politica.*”, Barcellona Pietro, *L'uso alternativo del diritto*, Tomo I - *Scienza giuridica e analisi marxista*-, Editori Laterza, 1973, p. X.

⁶⁵ “*(...) definire l'analisi economico del diritto come il ricorso ai canoni elaborati della scienza economica per riflettere sul fenomeno diritto.*”, Somma, Alessandro, *Temi e Problemi di Diritto Comparato. Tecniche e valori nella ricerca comparatistica*, cit., p. 30.

ANEXO – FINANCIACIÓN DE PARTIDOS Y FUNDACIONES POLÍTICAS CON MENCIÓN EUROPEA.

La tercera cuestión radica en un tema que se ha abordado anteriormente, la dependencia económica de los partidos políticos hacia el Estado. El punto número tres (3) de la Opinión es explícito “*Se muestra convencido de que, dado que los partidos políticos europeos funcionan gracias a la financiación pública y al dinero del contribuyente (...)*”. Esta cuestión es trascendente – en sede de democracia – en cuanto a las consecuencias reflejadas en ‘el deber ser’ de la libre actuación de los partidos políticos, con lo cual – y considerando el significativo y sostenido aumento de los montos– , permite presumir eventualmente, la condición de los partidos políticos de mención europea como meros apéndices de la estructura estatal comunitaria. Aunque, anteriormente ya se estableció el carácter simbiótico de la relación; la relación de dependencia es dual.

Retomando la lectura de las opiniones expuesta por la Comisión de Asuntos Jurídicos ante el Parlamento, para justificar la necesidad y la pertinencia de la modificación y ampliación de la norma jurídica, se aprecia una técnica discursiva que es una combinación entre la retórica *del “Rule of Law”* y la teoría económica. De una parte la corriente del *neoinstitucionalismo* – economización en nombre de la eficiencia económica de todos los aspectos del sistema jurídico–, y de otra parte, el concepto de *Rule of Law*; de modo que entre ambos mecanismos tienden a reunir en una misma corriente neoliberal todos los aspectos del sistema jurídico supeditados a la influencia de los ‘costes transactivos’. Por lo tanto, bajo este punto de vista, pueden y deben ser reformadas las instituciones jurídicas de la Unión sobre la base de prescripciones económicas orientadas a la eficiencia⁶⁶. Esta última – la eficiencia – en ausencia de un ‘cuerpo constituyente comunitarista’ ha sido la regla de legitimación utilizada por la Unión Europea⁶⁷.

Los puntos de vistas sostenidos por la Comisión Jurídica del Parlamento manifiestan la instrumentalidad y el funcionalismo a que se ve sometido el andamiaje jurídico sobre el que se sustenta la Unión Europea. En este caso particular, en última instancia, es el derecho de asociación política de los ciudadanos – derecho fundamental –el que queda funcionalizado por la visión empresarial y competitiva ‘desleal’ de los partidos políticos; y una evidente manifestación de que el ejercicio de los derechos asumen una naturaleza de ‘derecho residual’ en el ordenamiento comunitario, e instrumental a los objetivos económicos del mercado y a su clase política afín.

Este vínculo que nace ‘*sulla appropriazione privata*’ de la financiación pública –como expresión de la expropiación de la voluntad política del ciudadano europeo, por parte del legislador comunitario –⁶⁸ es un elemento imprescindible que debiera justificar, por sí sólo, el control, la transparencia y el

⁶⁶ Pes G. Luca, *Diritto e sviluppo neoliberale: Il dibattito sul new law development*, *Politica del Diritto* , XXXVIII, n. 4, dicembre, 2007.

⁶⁷ Guillén, Enrique López, [El Parlamento Europeo, Revista de derecho constitucional europeo, N.º. 3, 2005](#), pp. 57-86.

⁶⁸ El carácter de subvención viene definido en los artículos 108 y siguientes del Reglamento financiero - Reglamento (CE, Euratom) no 1605/2002 del Consejo, de 25 de junio de 2002 -. Ver Decisión de la Mesa del Parlamento Europeo, de 29 de marzo de 2004, en la que se establecen las normas de ejecución del Reglamento (CE) no 2004/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al estatuto y la financiación de los partidos políticos a escala europea (2004/C 155/01), Disponible en, http://www.mir.es/DGPI/Normativa/Normativa_UE/pdf/c_15520040612es00010025.pdf.

ANEXO – FINANCIACIÓN DE PARTIDOS Y FUNDACIONES POLÍTICAS CON MENCIÓN EUROPEA.

conocimiento de las ciudadanas/os europeas/os sobre la gestión y el destino que realizan del dinero recibido los representantes y los funcionarios de los partidos políticos europeos, cuya partida presupuestaria asignada era una de las pocas que fueren – y son – responsabilidad directa del Parlamento Europeo ⁶⁹.

Quizás, – sobre esta cuestión de asignación de “dineros públicos” – donde sea socialmente y verdaderamente más útil, emplear el recurso jurídico dispuesto en el artículo 11 del Tratado de la Unión, en cuanto a la implementación del impulso de la iniciativa legislativa popular, como un momento puntual de democracia participativa ⁷⁰:

Art. 11– “Un grupo de al menos un millón de ciudadanos de la Unión, que sean nacionales de un número significativo de Estados miembros, podrá tomar la iniciativa de invitar a la Comisión Europea, en el marco de sus atribuciones, a que presente una propuesta adecuada sobre cuestiones que estos ciudadanos estimen que requieren un acto jurídico de la Unión para los fines de la aplicación de los Tratados.”

Sin lugar a dudas, un movimiento social de esta envergadura, cohesión y profundidad sería capaz de remover los cimientos políticos comunitarios, y de promover un salto cualitativo en la vida democrática de la Unión; se trata entonces de saber si alguna de las fuerzas políticas democráticas mayoritarias, presentes en el Parlamento Europeo, estarían dispuestas a promover el movimiento

⁶⁹ “(...) «manovra» della contraddizione politica che mina lo stesso Stato rappresentativo in quanto proclama la sovranità popolare di tutti solo per promuovere l'esercizio delegato ristretto e separato. Questo è il tema centrale sfuggito agli studi marxisti. Che hanno ridotto la contraddittorietà del sistema capitalistico esclusivamente al campo dell'economia (socialità della produzione e privatezza dell'appropriazione). Identificando anche la contraddizione politica si ha il quadro completo della critica marxiana del mondo borghese e si hanno gli elementi per una effettiva costruzione alternativa”, Cerroni, Umberto, “Il problema della teorizzazione dell'interpretazione di classe del Diritto Borghese”, in L'uso alternativo del diritto, elaborado por P. Barcellona, Tomo I - Scienza giuridica e analisi marxista-, Editori Laterza, 1973, p.10.

⁷⁰ Chiti M., *Partecipazione popolare e istituti di democrazia diretta*, in Studi Graziani, Pisa, 1973, pp. 246 – 267.

ANEXO – FINANCIACIÓN DE PARTIDOS Y FUNDACIONES POLÍTICAS CON MENCIÓN EUROPEA.

social de ciudadanos ⁷¹, y en consecuencia, las instituciones ⁷² ‘acceder’ a desarrollar la normativa complementaria ⁷³. Este ejercicio político sería el ‘más genuino’ clamor popular europeo.

Del desarrollo de este tipo de acciones – democráticas y sociales – ha de depender que el articulado normativo y los derechos reconocidos en los Tratados sean algo más que retórica constitucionalista comunitaria. Este tipo de ‘hechos’ motivaría el desarrollo de una más amplia Europa *Social* y ahorraría la ejecución – por la existencia de mayor control ciudadano – de muchísimos recursos financieros que brotan del trabajo de los contribuyentes.

Debe agregarse, a modo de finalizar este punto, que concurrentemente al acto de votación para la aprobación de la referida Resolución, diversos diputados explicaron su postura y expusieron cuestiones que pusieron de manifiesto lo controvertido, para algunos, de la aprobación de la referida Resolución. Se escucharon y se presentaron sobre el tema de análisis – modificación de la financiación pública de los partidos políticos a escala europea – opiniones radicalmente disonantes con la idea predominante de las mayorías parlamentarias partidistas, de profundos matices ideológicos, entre ellas: ⁷⁴

1. *“– La intención es, pues, que los partidos políticos europeos sirvan al propósito de desviar todavía más dinero del contribuyente para dárselo a los partidos políticos, pero solo, eso sí, a los partidos políticamente correctos. De ahí se deduce que cuando Europa habla de democracia, más vale mirar dónde pisamos (...);*
2. *Lo que se impone para motivar a los ciudadanos a aumentar su participación política, también en el plano comunitario, y al abandono completo de las políticas neoliberales, es el fin del Pacto de Estabilidad, la retirada de la llamada Directiva Bolkestein y la sustitución de la Estrategia de Lisboa por una verdadera estrategia*

⁷¹ “Si tocca così uno degli aspetti paradossali della cittadinanza sociale, (...) che se essa si estende fino ad abbracciare l’intera popolazione dello stato finisce col perdere di significato e di contenuti e con l’essere, come già si è osservato per l’eguaglianza formale, una pura copertura attraverso la quale si riproducono le diseguaglianza e le differenze sociali, per di più condannate a un’eterna contingenza e incapaci di esprimere un antagonismo e un alternativa, Barcellona Pietro, *La strategia della cittadinanza*, Democrazia e Diritto, 1988, p. 20.

⁷² Tratado de la Unión Europea – Artículo 17 – “Los actos legislativos de la Unión sólo podrán adoptarse a propuesta de la Comisión, excepto cuando los Tratados dispongan otra cosa. Los demás actos se adoptarán a propuesta de la Comisión cuando así lo establezcan los Tratados.”

⁷³ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea – Artículo 24 – “El Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán mediante reglamentos, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, las disposiciones relativas a los procedimientos y condiciones preceptivos para la presentación de una iniciativa ciudadana en el sentido del artículo 11 del Tratado de la Unión Europea, incluido el número mínimo de Estados miembros de los que han de proceder los ciudadanos que la presenten.”

⁷⁴ Disponible en, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=CRE&reference=20060323&secondRef=ITEM012&language=ES&ring=A6-2006-0042#4-154>.

ANEXO – FINANCIACIÓN DE PARTIDOS Y FUNDACIONES POLÍTICAS CON MENCIÓN EUROPEA.

de solidaridad, desarrollo sostenible y cohesión social. Lo que se necesita es más empleo de calidad y con derechos, mejores servicios públicos, más inversión generadora de empleo y mayor inclusión social, acompañado todo ello de una distribución más justa de la riqueza producida (...);

3. *Porque lo que se pretende es confiar a estos partidos el monopolio de la difusión de las buenas palabras del europeísmo. Además, su creación depende de un inadmisible certificado de 'pensamiento correcto' europeo concedido por esta institución, basándose en los programas que tienen que presentar a sus autoridades. Sabemos también que quisieran reservar algunos de los escaños de este Parlamento a los elegidos de las listas constituidas a escala europea, listas que solo podrán ser presentadas por partidos europeos. El resultado final sería que esos partidos estarían autorizados a participar como tales en escrutinios nacionales y locales, permitiendo así una injerencia política inaceptable a todos los niveles de decisión en los Estados miembros (...);*
4. *La democracia consiste en permitir a las naciones gobernarse a sí mismas o elegir representantes para defender sus intereses en las instancias decisorias, los Parlamentos o los Gobiernos. La imposición de entidades artificiales que no son representativas más que de sí mismas y están supeditadas a la ideología de Bruselas, es todo menos democracia. (...);*
5. *Hoy, cerca del 85 % de los diputados al Parlamento Europeo han acordado aumentar las subvenciones que reciben sus propios partidos políticos y relajar las normas sobre cómo pueden utilizar esos fondos. Por otra parte, el presupuesto actual de 8,400 millones de euros que se gastó el año pasado en subvenciones a partidos políticos volverá a incrementarse, y esos partidos podrán quedarse dichas subvenciones aunque no las gasten en el plazo de un año*
6. *En muchos casos, los políticos desarrollan una lógica propia, al margen de su electorado. Así ocurrió con la propuesta fallida de una Constitución Europea y así ha ocurrido también con este tipo de subvenciones. Inicialmente se utilizaron fondos votados por el Parlamento Europeo, ilegalmente, para la cooperación a escala europea entre los partidos políticos. El 18 de junio de 2003 voté en contra de legislar ese abuso y hoy votaré en contra de una nueva expansión. Si los partidos nacionales quieren unirse para formar partidos europeos, de ellos depende, pero no entendemos por qué no financian algunas cosas ellos mismos. El hecho de que ahora estén pidiendo un aumento de las subvenciones y mayor flexibilidad de las reglas aplicadas a esas subvenciones, da la impresión de que los políticos están más preocupados por defender los intereses de sus propios Grupos que los de sus electores.”*

ANEXO – FINANCIACIÓN DE PARTIDOS Y FUNDACIONES POLÍTICAS CON MENCIÓN EUROPEA.

Es evidente la aridez de la argumentación en sede legislativa, sostenida por un menor número de legisladores representantes de las formaciones políticas con menor presencia parlamentaria, contrarios al voto *della maggioranza*. Recreando una visión psicológica de la cuestión, puede expresarse que el instinto predador, siempre dominante, se manifiesta tanto en la competición sexual como en la emulación financiera, manifestándose, de un lado, como ‘hedonismo’, y en el opuesto, como ‘eficiencia’. “*El sentido del progreso y la conciencia de la decadencia, se condicionan entre sí*”⁷⁵.

Continuando con la labor de ‘reconstrucción interna’ de la normativa comunitaria y las consideraciones sobre el contexto político, fundamentalmente en sede parlamentaria, debe mencionarse que actualmente existen diez (10) familias de partidos políticos europeos reconocidas ante el Parlamento, y ocho (8) ostentan la representación legislativa europea, y todas han solicitado y reciben financiación comunitaria. Eso es lo que cuenta, un reconocimiento de los partidos políticos con mención europea, como *sujetos de facto*.

Si se continúa con el análisis del documento referido, la Resolución del 23 de marzo del año 2006, esta abordó quince cuestiones relacionadas todas con los partidos políticos europeos; y en su apartado número catorce, inciso a), estableció la siguiente formulación:

14 – a) – “¿De qué forma podrían fomentarse las fundaciones políticas europeas con objeto de completar la tarea de información y de formación política de los partidos políticos europeos? El Parlamento insta a la Comisión a que presente propuestas sobre esta cuestión”.

3.5 – EL REGLAMENTO (CE) 1524/2007 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 18 DE DICIEMBRE DE 2007.

De este modo, quizás un poco escabroso o quizás demasiado tortuoso, el análisis normativo que hemos realizado del Derecho Comunitario nos coloca a las puertas de cómo podrían fomentarse las fundaciones políticas europeas con objeto de complementar el trabajo de los partidos políticos europeos. Este punto es el nexo normativo – funcional que permitió en su momento abrir las arcas comunitarias para destinar, *por el bien común de los valores de la democracia occidental*,⁷⁶ el dinero comunitario a las fundaciones políticas.

⁷⁵ Jayme, Erik, *Emerico Amari (1810 – 1870). Diritto Comparato e Teoria del Progresso*, Rivista di Diritto Civile, 1979, pp. 103 – 118.

⁷⁶ “*I tradizionali postulati dello Stato di diritto (la divisione dei poteri, la distinzione fra legislazione e amministrazione, la demarcazione fra sfera pubblica e sfera privata, la separazione fra Stato e società civile) e i presupposti materiali che vengono tradizionalmente presentati come referenti del modello della democrazia economica (il mercato della libera concorrenza) e della democrazia politica (il parlamento come luogo de formazione della volontà generale)*, L’uso

ANEXO – FINANCIACIÓN DE PARTIDOS Y FUNDACIONES POLÍTICAS CON MENCIÓN EUROPEA.

La respuesta a la cuestión del *fomento* de las fundaciones políticas vino de la mano del *financiamiento* del Reglamento (CE) 1524/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2007⁷⁷.

El Reglamento (CE) 1524/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2007, por el que se modificó el Reglamento (CE) no 2004/2003, relativo al estatuto y la financiación de los partidos políticos a escala europea, entró en vigor el día 27 de diciembre con su publicación en el Boletín Oficial de la Unión Europea⁷⁸.

En el proceso de aprobación del Reglamento en cuestión, la Comisión de Asuntos Constitucionales – representada por su presidente miembro del Partido Popular Europeo – actuó como ponente en la presentación del Informe al Parlamento.

El Proyecto de resolución legislativa del Parlamento Europeo, que se trasladó al Consejo y a la Comisión Europeas, fue aprobado con las enmiendas – de carácter técnico y mayoritariamente con fines de aclaración – provenientes de la Comisión de Presupuestos y de la Comisión de Control Presupuestario⁷⁹.

El Proyecto de resolución legislativa del Parlamento Europeo, trasladado al Consejo y a la Comisión, exponía lo siguiente⁸⁰:

*“Fomento de fundaciones políticas a escala europea – La creación de la posibilidad de que, además de los partidos políticos europeos también puedan financiarse con fondos comunitarios las fundaciones políticas a escala europea vinculadas a ellos es la novedad más importante que introduce la propuesta de la Comisión. En varios Estados miembros existen fundaciones políticas afines a los partidos. Asimismo, hay también formas de cooperación transfronteriza entre fundaciones políticas.”*⁸¹ Sin embargo, durante mucho tiempo faltaba un marco reglamentario y un

alternativo del diritto, elaborado por P. Barcellona, Editori Laterza, 1973, Tomo I - Scienza giuridica e analisi marxista-, p. VIII.

⁷⁷ Reglamento (CE) 1524/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, Disponible en, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A6-2007-412+0+DOC+XML+V0//ES>

⁷⁸ Disponible en, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32007R1524:ES:NOT>

⁷⁹ Opinión de la Comisión de Control Presupuestario para la Comisión de Asuntos Constitucionales, Disponible en, http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/ad/688/688285/688285es.pdf

⁸⁰ Disponible en, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A6-2007-412+0+DOC+XML+V0//ES>

⁸¹ Se refiere, por ejemplo, a la “European Network of Political Foundations – independent actors in democracy promotion, development cooperation and political dialogue - ENOP” creada en el año 2006 como una estructura de cooperación e instrumento de diálogo entre las distintas fundaciones políticas nacionales europeas, y demás actores de la sociedad

ANEXO – FINANCIACIÓN DE PARTIDOS Y FUNDACIONES POLÍTICAS CON MENCIÓN EUROPEA.

fundamento financiero para la creación de fundaciones que fuesen afines a las familias políticas existentes a escala europea y desempeñasen determinadas funciones a las que no podían dedicarse, o no de forma suficiente, los partidos políticos europeos. (...) Las tareas previstas para las fundaciones políticas europeas son la formación política europea, la supervisión y el análisis de debates y procesos políticos europeos ('función de laboratorio de ideas') y la creación de una plataforma para la colaboración entre fundaciones nacionales existentes."

En el resumen sobre las disposiciones aprobadas y propuestas al Consejo, el Informe del Parlamento refería, entre otras cuestiones, las siguientes:

1. *Las fundaciones deben haberse constituido, como los partidos, de conformidad con el Derecho de un Estado miembro y estar dotadas de personalidad jurídica. (...) Al igual que en el caso de los partidos, el Reglamento no establece ningún 'registro' ni el 'reconocimiento' correspondiente. Se crea la posibilidad de una ayuda financiera con cargo al presupuesto operativo del Parlamento Europeo, que impone determinados requisitos.*
2. *Para recibir ayudas, la fundación ha de ser afín a un partido político europeo subvencionado por la Unión Europea. El Reglamento permite que los partidos y las fundaciones establezcan los detalles de estas cuestiones y un 'nivel adecuado de separación' entre ambos en relación con la gestión y las estructuras de dirección.*
3. *La fundación debe atenerse a las actividades correspondientes a las que habitualmente desempeñan las fundaciones políticas (definición del artículo 2, punto 4 (nuevo)) y cumplir los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y del Estado de Derecho. (...) Además, la fundación pierde el derecho a recibir ayudas cuando se desposee de dicho derecho al partido vinculado a esta.*
4. *La fundación solicita financiación 'a través del partido político a escala europea con el que mantiene relaciones de filiación'. Esta fórmula tendrá que precisarse en las disposiciones de aplicación del Parlamento Europeo.*
5. *La fundación podrá utilizar las ayudas exclusivamente para las actividades que correspondan a su definición y, en especial, que no financien de forma directa o indirecta a partidos políticos o fundaciones nacionales (artículo 7 modificado, véase la aclaración en la enmienda 5).*

civil, orientados a promover la integración de los respectivos programas de la Unión Europea en los temas de la promoción de la democracia. La ENOP recibe financiación de la Unión Europea, Disponible en, <http://www.european-network-of-political-foundations.eu/cms/index.php/eng/About-ENoP>

ANEXO – FINANCIACIÓN DE PARTIDOS Y FUNDACIONES POLÍTICAS CON MENCIÓN EUROPEA.

6. *Asimismo, en relación con la contabilidad y la admisibilidad de donaciones, las fundaciones deben cumplir los mismos requisitos que los partidos. Pueden financiarse hasta en un 40 % de aportaciones de fundaciones que participan en ellas como miembros y de partidos políticos europeos.*
7. *El Parlamento Europeo debe presentar un informe no más tarde del 15 de febrero de 2011 sobre la aplicación del Reglamento modificado.”*

Sobre las cuestiones plasmadas en el Informe del Parlamento, y en relación con el proyecto normativo en cuestión, resalta la repetida utilización del término *ayuda* en lugar de un término más preciso, técnica y jurídicamente ajustado a la realidad, como es el de *subvenciones*. Pareciese que los miembros del Parlamento pretendieren *edulcorar* la realidad en esta fase de gestación de la norma.

El Informe es explícito en cuanto al carácter de filiación que debe existir entre partidos y fundaciones políticas para poder ejercer el derecho adquirido de subvención europea; y esta relación de filiación habrá de mantenerse como *cordón umbilical* haciendo patente el grado de complementariedad funcional y de subordinación operativa que caracteriza a las fundaciones políticas, como filiales intelectuales ‘*función de laboratorio de ideas*’, en relación a los partidos políticos a las que están afiliadas. Y tiene que ser de este modo – tan estrecho, filial y dependiente el vínculo entre fundaciones y partidos – porque es el único ‘pretexto’ que tiene el Parlamento Europeo para ‘extender’ su interpretación a las fundaciones políticas que no aparecen recogidas en el texto de lo(s) Tratado(s) Europeo(s).

Y es evidente el papel de legitimación que asume el presidente de la Comisión de Asuntos Constitucionales – el mero nombre de la Comisión es un dato de interés – exponiendo, en la motivación de la norma, las razones por las que se extienden y asignan tareas comunitarias a las fundaciones políticas, siguiendo una línea argumentativa que refleja un juicio de valor que se corresponde con una opción política preseleccionada⁸².

Al igual que sucedió en el proceso de aprobación del Reglamento (CE) No. 2004/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativo al estatuto y a la financiación de los partidos políticos a escala europea, en el proceso de explicación del voto de esta norma en cuestión – El Reglamento (CE) 1524/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2007 –, se expresaron argumentos contrarios a la intención de financiar a las fundaciones políticas y a la flexibilización de las normas financieras aplicables.

⁸² Foucault Michel, *La volontà di sapere*, Milano, 1978, p. 84.

ANEXO – FINANCIACIÓN DE PARTIDOS Y FUNDACIONES POLÍTICAS CON MENCIÓN EUROPEA.

En la mayoría de los casos la ‘opinión disidente’ provino de los mismos eurodiputados y de las mismas tendencias políticas que cuatro años antes se habían opuesto a la financiación de los partidos políticos a escala europea.

Se han seleccionado las explicaciones contrarias de voto, más agudas con el contenido y espíritu del proyecto normativo; ninguna proviene de los parlamentarios – colegisladores – militantes políticos de las dos mayores formaciones partidistas⁸³:

1. *“– Señor Presidente, el informe del señor Leinen es una prueba más del pernicioso sistema de autoservicio que esta Unión Europea está desarrollando en todos los partidos políticos. En mi opinión, es típico que incluso las campañas de las elecciones europeas sean financiadas ahora por el contribuyente, campañas organizadas, naturalmente, en nombre de partidos europeístas, porque como sabemos, el nivel está deliberadamente alto y los euro escépticos, de hecho, consideran imposible satisfacer los criterios para la financiación. Este es el enésimo caso de robo fiscal, disfrazado y difundido en esta Cámara como democratización. La gente que les está ayudando ahora, que les está ayudando con dinero de la hucha comunitaria, es la misma gente que se ha negado por completo a celebrar un referendo democrático en Francia y los Países Bajos, y anteriormente en Dinamarca, y que se sigue negando a celebrarlo ahora. Es la misma gente que dice que nuestros ciudadanos no pueden opinar acerca de si Turquía debería unirse o no a la Unión Europea. Por Dios, dejemos que paren de hablar de democratización y de hacer pasar su voraz apetito de dinero por un deseo de ayudar a la sociedad.”*
2. *Señor Presidente, he votado en contra del informe Leinen relativo a la financiación de los partidos políticos europeos, porque no es aceptable que los fondos europeos se canalicen hacia asociaciones políticas europeas existentes, discriminando así a los grupos que no sienten la necesidad de organizarse a nivel europeo. Por otra parte, es muy cínico pintar la financiación europea de las campañas electorales europeas y toda forma de fundación política europea como un reforzamiento de la democracia europea. Por esa razón, como acaba de decir el señor Claeys, los partidos implicados son precisamente los que han coreado siempre que debemos hacer caso omiso de los resultados electorales en contra de la Constitución Europea de Francia y los Países Bajos, y continuar adelante con el proceso de ratificación. Estos partidos también han estado muy discretos con respecto a la cuestión de la celebración de un referendo para la adhesión de Turquía. No obstante, eso representaría un reforzamiento de la democracia europea. Sin embargo, la financiación, claramente, solo es apropiada para aquellos partidos que son*

⁸³Disponible en, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=CRE&reference=20071129&secondRef=ITEM-008language=ES&ring=A6-2007-0412#4-164>.

ANEXO – FINANCIACIÓN DE PARTIDOS Y FUNDACIONES POLÍTICAS CON MENCIÓN EUROPEA.

políticamente correctos en sus ideas acerca de Europa. Por esa razón, debemos votar en contra.

3. Señor Presidente, he votado en contra del informe Leinen, porque se están ampliando las normas relativas a la financiación de los partidos europeos, que ya considero inaceptables per se. Para cumplir los requisitos, no solamente se aplicarán criterios numéricos, sino también ideológicos, lo que significa que los partidos que reman contra corriente no tendrán ninguna oportunidad. Los grupos y partidos establecidos deciden quién obtiene la financiación. No existe siquiera ninguna disposición para apelar en contra de estas decisiones.

También debemos ser conscientes de la progresiva toma de decisiones, las típicas tácticas del salami que se están utilizando aquí. El principio de la financiación para los partidos europeos se sugirió con cautela hace algunos años. En ese momento se decidió expresamente que el dinero no se debería utilizar para financiar campañas electorales. ¿Y ahora? En efecto, se financiarán las campañas electorales. Además de esto, el dinero se canalizará a todos los tipos de fundaciones políticas. En estas circunstancias entenderá, señor Presidente, que he votado en contra de esta fórmula de autoservicio.

4. por escrito. – (SV) Decimos ‘no’ a más subvenciones para los partidos políticos a escala de la UE. Según la propia idiosincrasia de la democracia, los partidos políticos se construyen desde abajo mediante un proceso de formación de la opinión, seguido por la formulación de programas políticos y la presentación de partidos que intentan ganar apoyos en las elecciones generales. La idea de permitir que la clase política y tecnocrática cree en la UE partidos desde arriba, utilizando el dinero de los contribuyentes, es repugnante para la democracia. Como consecuencia de ello aparecerían partidos independientes de sus miembros pero dependientes de la élite política.

De ahí que sea erróneo fomentar las subvenciones a los partidos de la UE mediante créditos para crear fundaciones políticas a nivel europeo. Los partidos de la UE ya les suponen a los contribuyentes más de diez millones de euros en el presupuesto de la UE de 2007 y parece que las fundaciones políticas conseguirán otro tanto mediante los créditos financieros. Eso significa que, en el futuro, los contribuyentes de la UE tendrán que pagar alrededor de 190 millones de coronas suecas a los partidos de la UE y a las organizaciones vinculadas a ellos. Los fondos se destinan a partidos de la UE que son meras intervenciones sobre el papel de Bruselas, a partidos que la población nunca ha solicitado, ni los ciudadanos ni los contribuyentes.

ANEXO – FINANCIACIÓN DE PARTIDOS Y FUNDACIONES POLÍTICAS CON MENCIÓN EUROPEA.

También resulta cuestionable desde el punto de vista moral que los políticos de esta Cámara se apropien con tanta palabrería del dinero de los contribuyentes en favor de sus propias organizaciones en un momento en el que se está recortado el gasto público en los Estados miembros.

5. por escrito. – (PT) Mientras se intenta imponer la esencia de una propuesta de tratado que ya ha sido rechazada, llámese ‘constitucional’, ‘mini’, ‘simplificado’ o ‘reformador’, las instituciones supranacionales de la UE siguen fomentando la creación artificial de la denominada ‘opinión pública europea’.

Es más, recordamos que esta determinación se ha convertido en una especie de cruzada después de que los franceses y los holandeses rechazaran la ‘Constitución Europea’ y ha recurrido a todos los medios disponibles, incluidos los ‘partidos políticos europeos’ y ahora, a sus bases políticas, para fomentar la ‘creación de una conciencia europea’.

Como la Presidencia portuguesa ha dicho, la implicación de ‘todos nuestros ciudadanos en el fascinante proceso de la creación europea’ es la ‘esencia real’, la ‘causa real’, el ‘tema real’. Por tanto debemos preguntar por qué, a pesar de tanto entusiasmo, se ha evitado la celebración de referéndums sobre el Tratado Europeo.

Sin embargo, eso no es lo que desean las fuerzas dominantes en la UE. Lo que quieren, entre otras cosas, son fondos del presupuesto comunitario para financiar las campañas electorales de los partidos políticos europeos al Parlamento Europeo, lo que podría constituir una clara interferencia en los asuntos políticos internos y en el funcionamiento democrático de cada país.

6. — por escrito. – (NL) En todos los países en los que conviven diferentes pueblos es normal que no haya partidos que operen a escala nacional. El antiguo Imperio austrohúngaro contaba con varios partidos socialdemócratas, católicos y liberales, cada uno de los cuales representaba a distintos grupos de población y estaba vinculado a sus propios grupos de interés y a su idioma. Durante décadas, Bélgica no ha tenido partidos políticos nacionales, sólo partidos flamencos y valones. Por tanto, ¿cómo podría tener la UE partidos ‘europeos’?

Nuestro partido, el Partido Socialista de los Países Bajos, considera que los partidos son organizaciones de las bases, movimientos populares que trabajan juntos para lograr su idea de cómo debe ser la sociedad y luchan por los intereses de los grupos que depositan su confianza en un partido dado. Los partidos no forman parte de la maquinaria del Estado y no deben crearse utilizando ingresos fiscales. Por este motivo, votamos en contra de las decisiones anteriores sobre financiación de los

ANEXO – FINANCIACIÓN DE PARTIDOS Y FUNDACIONES POLÍTICAS CON MENCIÓN EUROPEA.

partidos europeos y también estamos en contra de aumentar su nivel al 85 %. Además, consideramos que es poco realista fomentar las campañas europeas en lugar de las nacionales para las futuras elecciones europeas. Se celebran veintisiete elecciones nacionales en situaciones muy diversas. De ellas sale un único parlamento, con miembros de todos los países que se reúnen formando grupos de personas con ideas afines. Todos estamos a favor de la cooperación internacional a través de agrupaciones de ideas similares, pero eso no requiere la financiación de la UE.

7. por escrito. – (EL) *Los partidos políticos a escala europea tienen posturas diferentes y a veces contradictorias sobre políticas europeas en distintos ámbitos. Por lo tanto, cualquier organización política europea vinculada con los partidos políticos debe ser independiente, de modo que pueda promover sus ideas políticas del modo que considere oportuno.*

Las organizaciones políticas europeas en el ámbito de este reglamento deben hacerse cargo de la tarea de fomentar las políticas europeas oficiales, que a menudo están en contradicción con las posturas declaradas de los partidos políticos. Esto constituye una interferencia directa en la acción política de los partidos políticos europeos y de los partidos políticos nacionales que los componen. También sería prácticamente lo mismo que interferir indirectamente en los procesos políticos y electorales de los Estados miembros, dado que daría lugar —a través de la financiación planificada— a partidos políticos ‘favorecidos’ y ‘no favorecidos’, con las consiguientes repercusiones en las elecciones al Parlamento Europeo.

Por todo ello, todo reglamento debe fomentar la libertad de opinión y la transparencia, sin ninguna interdependencia que pudiera actuar como limitación de las opiniones y de la actividad de los partidos políticos nacionales y europeos.

Queda demostrado entonces que el Derecho y la actividad política no se pueden concebirse como un “juego de suma cero”⁸⁴, aunque se utilicen los criterios del mercantilismo monetarista para el cálculo económico político. La reforma jurídica como cualquier otra dinámica social produce necesariamente vencedores y vencidos, pero, “el crecimiento de unos partidos políticos no debe ser a costa de los otros” – y menos aun proviniendo de fuentes de financiación pública – por cuanto atenta contra los fines de la democracia misma⁸⁵; y si bien es cierto que la dimensión jurídica no

⁸⁴ Nader L., *The life of the Law: Antropological projects*, 2002. Traducción al italiano *Le forze vive del Diritto*, Napoli, Edizione Scientifiche Italiane, 2003.

⁸⁵ Foucault Michel, *Nascita della biopolitica*, Giagiancomo Feltrinelli Editore Milano, 2005, pp. 55-56.

ANEXO – FINANCIACIÓN DE PARTIDOS Y FUNDACIONES POLÍTICAS CON MENCIÓN EUROPEA.

puede abarcar el complejo universo de una determinada sociedad, también es cierto que la dimensión jurídica se caracteriza por una serie de instrumentos, que son en esencia políticos, utilizados para regular el equilibrio – o mejor dicho, regular los desequilibrios del poder –⁸⁶. La *oposición parlamentaria* en el seno del Parlamento de la Unión puede dar fe de ello – de los desequilibrios – por cuanto su firme oposición en el debate legislativo no puede evitar – por segunda ocasión consecutiva – la aprobación de una norma de financiación política. Este es el resultado ‘reincidente’ de la aplicación ‘recurrente’ de los criterios ordoliberales económicos al Derecho y a la actividad política; es la contracción de la forma de la Democracia representativa por la práctica ‘liberista’ de la forma de ‘*democrazia deliberativa*’. La regulación de los desequilibrios no puede realizarse sobre la base de la eliminación de los sujetos débiles.

¿Que sucederá entonces cuando en el tiempo se constate que el desequilibrio entre las formaciones políticas es desmesurado? ¿Intervendrá el poder político europeo para corregirlo con la misma lógica monetarista para restablecer el punto de partida?, o ¿Son suficientes dos formaciones políticas para que los criterios de diversidad de valoración de la Democracia, como forma de mediación y de representación ciudadana, estén satisfechos? ¿La concepción liberista del Mercado como lugar de veridizione prefiere menos Democracia? – Sobre estas cuestiones se volverá en la segunda parte de este estudio.

Deteniéndonos un instante en la fase reconstructiva de la norma en cuestión, vale la pena reivindicar el sentido y alcance que debe tener el término *Democrazia*, – incluso en términos *occidentales* – por cuanto en la elaboración de esta norma en concreto, se respetaron las condiciones del ejercicio del debate y de la deliberación en sede parlamentaria, se cumplió estrictamente y formalmente con el procedimiento legal establecido, (...) y sin embargo, existe una *minoría parlamentaria* – residual y reincidente – sin capacidad de objetar la decisión de la mayoría⁸⁷, huérfana de mecanismos de derecho suficientes para *detener* un ejercicio normativo que atenta directamente contra el espíritu del pluralismo democrático, por cuanto establece un mecanismo económico que consolida ‘*desproporcionadamente*’ a las formaciones partidistas dominantes en el Parlamento Europeo.⁸⁸ Es una manifestación *en process* del fundamentalismo funcionalista de las formaciones sociales contemporáneas – Estado; Mercado; Instituciones democráticas; partidos; fundaciones; asociaciones... –; nada ni nadie está fuera de su alcance.

⁸⁶ G. Pes Luca, *Diritto e Sviluppo neoliberale: Il dibattito sul new law and development*, *Politica del Diritto*, XXXVIII, n. 4, dicembre 2007, pp. 623.

⁸⁷ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, “Artículo 231- *Salvo disposición en contrario de los Tratados, el Parlamento Europeo decidirá por mayoría de los votos emitidos.*”

⁸⁸ “*Come se - per riferire i termini di una critica interna all’analisi economica del diritto – si potesse scindere tra l’efficienza e l’effetto distributivo di una misura: «un subdolo tentativo ideologico di proporre, sotto il manto della scienza, gli obiettivi distributivi degli autori»*”, G. Calabresi, *Prefazione, Interpretazione giuridica*, p. IX, en Somma, Alessandro, *Temi e Problemi di Diritto Comparato. Tecniche e valori nella ricerca comparatistica*, cit., p. 32.

ANEXO – FINANCIACIÓN DE PARTIDOS Y FUNDACIONES POLÍTICAS CON MENCIÓN EUROPEA.

Esto es lo que el profesor Alessandro Somma ha denominado “*i punti di debolezza della democrazia deliverativa*”⁸⁹ por cuanto en el procedimiento deliberativo en sede parlamentaria participan sujetos dotados de diferente fuerza – sujetos fuertes y sujetos débiles –, y estos últimos son incapaces de incidir con efectividad sobre la deliberación; análogamente a lo que ha sucedido – y sucede – en los momentos relevantes de deliberación para la construcción de la Europa de Derechos, por cuanto son los vicios típicos y ‘ancestrales’ de un sistema democrático ochocentescos centrado sobre el principio de *parità formale*. De todo lo cual se deduce, que el análisis sustantivo sobre la norma de financiamiento de los partidos políticos puede ser extrapolado *similarmemente* a cualquier otro procedimiento normativo comunitario.

El estudio del proceso evolutivo de la normativa comunitaria en cuestión, es una ‘revelación’ de la utilización antidemocrática del Derecho en el siglo XXI, que viene predefinido por una decisión política que permite gestar y promover el riesgo público y general del autoritarismo, al acercarse cada vez más a un sistema político de representación bipartidista del poder – “*E chiaro che queste innovazioni sono ispirate dall’esigenza di adeguare l’organizzazione dei lavori parlamentari ad una logica di tipo bipolare (...)*”⁹⁰. Este procedimiento normativo que se analiza es un ejemplo del ejercicio anti-democrático, deliberativo y funcional al poder establecido,⁹¹ que responde a la virtualidad de la teoría neoliberal de la *terza via* entre el liberalismo clásico ochocentescos y la práctica del socialismo del siglo XX, y se corresponde con la instrumentalización racional del Derecho orientado a unos fines concretos – ‘el control estatal’ de los instrumentos democráticos–.

“Con il che questi Trattati proclameranno pure diritti tradizionalmente definiti come politici, ma senza che l’esercizio di questi diritti possa esprimere o produrre politica; definiranno pure rappresentanti dei popoli europei gli eletti al Parlamento europeo, ma avendo provveduto preventivamente ad amputare questa rappresentanza della politica. Perché è a queste condizioni che si possono precludere le interferenze del potere pubblico sulla economia di mercato aperta e libera concorrenza, tanto più se questa interferenza dovesse mirare ad una distribuzione sella

⁸⁹ Monateri P. G., Somma, Alessandro, *Il Modello di Civil Law, Sistemi Giuridici Comparati*, cit., p. 193.

⁹⁰ Bin Roberto, *La disciplina dei gruppi parlamentari*, Disponible en, <http://robertobin.it/Articoli/gruppi.htm>.

⁹¹ “*In questa nuova visione, le norme non avrebbero alcuna ragion d’essere se non quella dell’adeguamento funzionale alla contingenza. Ciò è confermato dalla teoria dei sistemi, che attribuisce valore ad un elemento non sulla scorta della sua natura sostanziale, quanto in base alla funzione da esso svolta all’interno del sistema. Tale visione funzionalista, naturalmente, dipende dalla contingenza, poiché se una cosa non ha valore per sé, non ha neanche sostanza, e ciò che non ha sostanza non è necessario, quello che non accade secondo necessità accade secondo il caso e quindi risponde alla contingenza.*”, Barcellona Pietro, *Il suicidio dell’Europa. Dalla coscienza infelice all’edonismo cognitivo*, Edizione Dedalo S.r.l., Bari, 2005, p. 57.

ANEXO – FINANCIACIÓN DE PARTIDOS Y FUNDACIONES POLÍTICAS CON MENCIÓN EUROPEA.

ricchezza socialmente prodotta, secondo criteri diversi da quali del mercato aperto ed in libera concorrenza ⁹².”

Este es uno de los tantos casos en el cual el modelo comunitario de democracia burguesa ‘*deliberativa*’ alcanza su máxima sublimación y su máxima reducción; que suele corresponderse con una comprensión del Derecho como expresión de una racionalidad formal – funcional, instrumental y operativa – desnaturalizado de democracia efectiva y “*desinteresado de la efectiva posibilidad de incidir sobre el contenido de la norma*” ⁹³.”

Conocidos entonces los criterios provenientes de los parlamentarios – exponentes de las formaciones políticas minoritarias en sede parlamentaria –, contra la aprobación de la norma en cuestión, sólo ha de mencionarse a modo de resumen las cuestiones normativas más significativas aportadas por la revisión del Reglamento (CE) No. 2004/2003 – muchas de las cuales constituyen excepciones de lo establecido por el Reglamento financiero de la Unión Europea para las subvenciones – .

Cabe preguntarse:

¿Se está en sede de un ejercicio ‘soberano’ del Parlamento Europeo – en funciones legislativas y presupuestarias –? ⁹⁴

Las modificaciones establecidas al Reglamento en cuestión pueden quedar sistematizadas del siguiente modo:

⁹² Ferrara, Gianni, *I diritti politici nell’ordinamento europeo*, en Anuario 1999, La Costituzione europea, Atti del XIV Convegno Annuale – Perugia, 7-8-9 ottobre 1999, CEDAM, 2000, pp. 504-505.

⁹³ “*Diverso è il caso della democrazia deliberativa, che mira ad offrire la formale possibilità di prendere parte alle decisioni, disinteressandosi della effettiva possibilità di incidere sul loro contenuto. Questo approccio era tipico del modo tradizionale di intendere lo Stato moderno, ma è stato superato dalle trasformazioni indotte dal costituzionalismo del dopoguerra. Viene ora riesumato a livello comunitario, in particolare con riferimento alla costruzione dell’Europa dei diritti a completamento dell’Europa dei mercati.*”, Monateri P. G., Somma, Alessandro, *Il Modello di Civil Law, Sistemi Giuridici Comparati*, cit., p. 191.

⁹⁴ “*Art. 14. 1.El Parlamento Europeo ejercerá conjuntamente con el Consejo la función legislativa y la función presupuestaria. Ejercerá funciones de control político y consultivas, en las condiciones establecidas en los Tratados. Elegirá al Presidente de la Comisión.*”, Tratado de la Unión Europea.

ANEXO – FINANCIACIÓN DE PARTIDOS Y FUNDACIONES POLÍTICAS CON MENCIÓN EUROPEA.

1. Aumenta el nivel de financiación pública del 75% al 85% de todos los gastos subvencionables, con cargo al presupuesto general de la Unión Europea.⁹⁵ Se mantiene, como excepción del artículo 113 del Reglamento financiero, el invariable carácter *no degresivo* del monto de la subvención durante las renovaciones anuales de la subvención; y se conserva la consideración del perceptor como organismo que persigue un *objetivo general europeo*.
2. Permite a los partidos políticos, como excepción a la norma de no producir beneficios establecida en el artículo 109 del Reglamento financiero, que prorroguen el 25% de los ingresos totales anuales de un año, al primer trimestre del siguiente año – ejercicio plurianual –;
3. Permite a los partidos políticos a escala europea, como excepción, que constituyan reservas financieras, ahorrando los ingresos que ellos mismos hayan generado, por encima de un nuevo nivel mínimo reducido de cofinanciación del 15 %;
4. Permite que las cantidades del presupuesto pueda ser movilizado, como excepción, a favor de otras rúbricas, en función de la cambiante situación política.
5. Permite a las fundaciones políticas a escala europea financiarse y desempeñar un papel importante a la hora de apoyar, y promover las actividades y objetivos de los partidos políticos a escala europea;
6. Establece que los créditos recibidos con cargo al presupuesto de la UE, también se podrán utilizar para financiar las campañas realizadas por los partidos políticos a escala europea en el contexto de las elecciones al Parlamento Europeo, siempre que esto no constituya una financiación directa o indirecta de los partidos políticos nacionales o de sus candidatos.

Vistos los resultados alcanzados por la (e)volución de esta norma jurídica europea – de excepción –, en poco menos de una década de gestación de financiación política, y las consecuencias ‘contrarias’ al ejercicio y representación democrática plural que de ello se derivan, y que pueden vislumbrarse con claridad en el tiempo, se puede enunciar a modo de reflexión particular, tres cuestiones referentes a la naturaleza de la concentración del *potere* que está teniendo lugar, día tras día, bajos las premisas teóricas del neoliberalismo:

⁹⁵ “Art. 113. 1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el título IV de la segunda parte, la subvención no podrá financiar la totalidad de los costes de la acción subvencionada. La subvención de funcionamiento no podrá financiar la totalidad de los gastos de funcionamiento del organismo perceptor.”, REGLAMENTO (CE, Euratom) no 1605/2002 DEL CONSEJO, de 25 de junio de 2002, por el que se aprueba el Reglamento financiero aplicable al presupuesto general de las Comunidades Europeas, publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, el 16 de septiembre de 2002.

ANEXO – FINANCIACIÓN DE PARTIDOS Y FUNDACIONES POLÍTICAS CON MENCIÓN EUROPEA.

1. Que se está en presencia de un ejemplo nada despreciable de construcción normativa justificada sobre presupuestos *iusnaturalistas*, y meticulosamente ejecutada por los cultores de la ‘teoría jurídica neoliberal’. Proceso de construcción normativa durante el cual queda de manifiesto el carácter reaccionario y antidemocrático de la instrumentalización de las instituciones de la Unión, cuestión que pretende ocultar el carácter conflictivo y contradictorio del desarrollo democrático;
2. Que la manipulación elitista y conservadora de los postulados del Derecho, y su interpretación sesgada y privatística, en cuanto al alcance y significado de los derechos políticos contenidos en el vértice del ordenamiento jurídico de la Unión, responde a una idea *racionalmente* pre–definida de una estrategia metafísica–iusnaturalista–política, que por cuanto constituye la esencia *natural* de la ideología neoliberal dominante no es objeto de debate público;
3. Que las instituciones comunitarias le continúan concediendo importancia a la formación de una hegemonía totalizante, globalizante y enajenante que produzca la alienación política y la homogenización de las enormes masas de ciudadanos y ciudadanas de la Unión Europea – *la governance è il governo della persuasione*⁹⁶–, para lo cual cuentan ahora con las financiadas construcciones artificiales de partidos y fundaciones con mención europeas, que les permitirá continuar enmascarando el carácter despótico del ejercicio del poder y ocultando la realización posible de un progreso social alternativo, diverso al actual, lo cual les garantiza el mantenimiento del *status quo*.

“Una teoria duratura può essere elaborata solo in virtù dell’omogeneità del substrato sociale: solo così è possibile giustificare con la teoria ogni debolezza, ogni panne, ogni manchevolezza pratica; anche ‘ l’educazione ‘ e la ‘ cultura ‘ aiutano a rendere sostenibile la generalità teorica della pretesa come razionalità generale e come identificazione praticabile (morale)”⁹⁷.

De este modo, en los niveles actuales de cultura política e implicación del cuerpo social europeo en el ejercicio de la democracia representativa occidental, se alcanza una paradoja dual – que no es tal –, porque es funcional al sistema neoliberal. Por un lado, la práctica social ha dejado de ser la referencia para valorar la validez de la teoría social, porque el sistema de poder instituido cuenta con los medios suficientes para disciplinar, modelar y conducir el comportamiento social a los estándares teóricos previamente definidos, para ello, no escatima mecanismos de coacción y de coerción – de fuerza física y mecanismo psicológico –. Por otro lado, el sistema de poder, asentado sobre la teoría neoliberal, continúa considerando funcional al *status quo* la existencia de una democracia representativa como rostro del poder establecido, por ello se empeña en que la

⁹⁶ Monateri P. G., Somma, Alessandro, *Il Modello di Civil Law*, cit., p. 191.

⁹⁷ Wietholter R., *Diritto del’ economia: Analisi de una «Formula Magica»*, en *L’ uso alternativo del diritto*, cit., p.222.

ANEXO – FINANCIACIÓN DE PARTIDOS Y FUNDACIONES POLÍTICAS CON MENCIÓN EUROPEA.

hegemonía neoliberal⁹⁸ se oriente en alcanzar la mayor participación electoral – y no precisamente como participación constituyente – en el ejercicio del voto como forma de legitimación democrática de las instituciones comunitarias.⁹⁹

4 – LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. BÚSQUEDA DE OPCIONES.

Agotado el proceso desarrollado en el apartado anterior de reconstrucción y exposición de la norma jurídica comunitaria, relativa al estatuto y financiación pública de los partidos y fundaciones políticas con mención europeas; y expuestas las consideraciones críticas en cada una de sus etapas normativas; se propone, en este apartado, valorar las acciones jurídicas que han tenido lugar en el Tribunal de Justicia Europea en relación a la norma jurídica en cuestión.

Todos los recursos legales¹⁰⁰, presentados y resueltos contra la norma comunitaria de financiamiento político, se refieren al Reglamento Comunitario (CE) 2004/2003 en su versión original aprobada el 4 de noviembre de 2003 – previa a su modificación en el año 2007–. El Reglamento Comunitario (CE) 2004/2003 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea, el 15 de noviembre del 2003, y según la redacción establecida para su entrada en vigor, el artículo 13 del Reglamento estableció que sería a los tres meses de su publicación en el Diario Oficial, y que los artículos del 4 al 10 se aplicarían a partir del día de la apertura de la primera sesión celebrada después de las elecciones al Parlamento Europeo de junio de 2004.

Se hace la observación inicial de que los principales motivos y alegaciones que sustentaron, en su momento, los recursos interpuestos contra la norma jurídica – Reglamento Comunitario (CE) 2004/2003 –, básicamente coinciden con las reflexiones que se han sostenido en este trabajo en los apartados anteriores. Se avanza entonces, que todos los recursos de demanda de anulación fueron desestimados por el Tribunal de Justicia Europeo, tanto en primera instancia como en casación de la resolución.

⁹⁸ “E ricavarne che un nesso tra società e diritto si può individuare sul piano discorsivo come relazione essenzialmente instabile tra le tecniche utilizzate dal potere – e il diritto è solo una tra queste – e i valori che il potere intende promuovere al fine di affermarsi prima e conservarsi poi.”, Somma, Alessandro, *Temi e Problemi di Diritto Comparato. Tecniche e valori nella ricerca comparatistica*, cit., p. 69.

⁹⁹ “Questo processo di «integrazione» sociale viene gestito dalla classe al potere, al fine da renderlo credibile, con un alto livello di mistificazione ideologica e l'applicazione sempre più intensa di raffinati meccanismi di organizzazione del consenso.”, Picone Paolo, *Riformismo giuridico o socialdemocrazia*, in *L'uso alternativo del diritto*, Tomo II – *Ortodossia giuridica e pratica politica* -, Editori Laterza, 1973, p. 214.

¹⁰⁰ Jurisprudencia comunitaria, Disponible en, <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=es>.

ANEXO – FINANCIACIÓN DE PARTIDOS Y FUNDACIONES POLÍTICAS CON MENCIÓN EUROPEA.

Realizada esta precisión – que no ha de restar méritos al análisis –, se comienza el estudio jurisprudencial, en orden secuencial por fecha de presentación del recurso de anulación de la norma comunitaria:

A) Asunto T-13/04 – Recurso interpuesto el 15 de enero de 2004 por Jens Peter Bonde y otros, contra el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea

Esta demanda interpuesta el 15 de enero de 2004, ante el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, por más de 20 ciudadanos comunitarios – todas personas físicas –, con residencia en seis países diferentes, solicitaron la anulación del Reglamento (CE) 2004/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativo al estatuto y la financiación de los partidos políticos a escala europea, o con carácter subsidiario, anulase algunas de sus disposiciones, o con carácter subsidiario en segundo grado, ordenase la aplicación conforme a Derecho de dicho Reglamento, de la forma en que quedasen resueltas las objeciones de los demandantes.

Los demandantes solicitaron la condena del Parlamento Europeo y del Consejo a soportar las costas procesales y los honorarios del abogado de los demandantes, conforme a la normativa aplicable.

Los motivos y las principales alegaciones formuladas en apoyo del recurso, exponía:

1. Que el Reglamento impugnado infringía el artículo 191 de las Comunidades Europeas, por cuanto el reconocimiento de las alianzas de partidos políticos como partidos políticos europeos no fomentaba la integración en la Unión Europea, ni la formación de una conciencia europea, ni la expresión de la voluntad política de los ciudadanos de la Unión;
2. Que, además, violaba la Declaración nº 11 relativa al artículo 191 de las Comunidades Europeas, anexa al Acta Final del Tratado de Niza, puesto que implicaba una transferencia prohibida de competencias a la Unión Europea, sin ofrecer las debidas garantías de que los fondos concedidos no se utilizarían para financiar las actividades de los partidos políticos nacionales;
3. Que el Reglamento discriminaba a los partidos políticos pequeños y minoritarios;
4. Que, también el Reglamento impugnado infringía los artículos 5; 189; y 202 de las Comunidades Europeas, al atribuir al Parlamento Europeo el poder de decisión y las competencias de ejecución;

ANEXO – FINANCIACIÓN DE PARTIDOS Y FUNDACIONES POLÍTICAS CON MENCIÓN EUROPEA.

5. Alegaban asimismo que el Reglamento impugnado vulneraba una serie de derechos fundamentales, en particular el principio de no discriminación, la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, y la libertad de expresión, que los demandantes consideran vulnerados por la exigencia de un respaldo incondicional de los principios europeos como condición previa para obtener financiación; así como la libertad de reunión y asociación, supuestamente vulnerada porque el Reglamento impugnado preveía umbrales para acceder a la financiación que excluían a los partidos minoritarios y a los partidos políticos nacionales independientes;
6. Por otra parte, los demandantes alegaban que el Reglamento impugnado vulneraba una serie de principios básicos del Derecho de la Unión Europea, a saber, el principio de igualdad de trato, al discriminar a las minorías y a los partidos políticos independientes; el principio de democracia, al tratar de forma diferente a los miembros del Parlamento Europeo según miembros, o no, de partidos europeos; y el principio del Estado de Derecho, por cuanto el Parlamento Europeo adoptó la disposición impugnada como colegislador y también la ejecutará;
7. Los demandantes consideraron asimismo que se vulneraban los principios y las tradiciones comunes a los Estados miembro, al establecerse umbrales muy altos para acceder a la financiación y exigirse lealtad a determinados ideales políticos europeos;
8. Los demandantes alegaban asimismo desviación de poder por parte del Parlamento Europeo y el Consejo, y la violación de los principios de proporcionalidad y de subsidiariedad.

B) Asunto T-17/04, – Interpuesto por Front National y otros, contra el Parlamento Europeo y Consejo; los motivos y principales alegaciones son similares a los que se invocan en el Asunto T-13/04.

C) Asunto T-40/04 – Interpuesto el 6 de febrero de 2004 por Emma Bonnino ¹⁰¹ y otros siete demandantes contra el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea.

¹⁰¹ Emma Bonnino - vicepresidente del senado italiano desde el año 2008 -, ha desarrollado una vida política de larga data, siendo una de las personas más influyentes en el liberalismo radical italiano. Fue electa en el año 1979 como diputada al Parlamento Europeo, y ha desempeñado posteriores mandatos. En la década del 90 fue nombrada Comisaria Europea. En el año 1999 creó su propia formación política Lista Bonnino con la cual obtuvo 7 eurodiputados en las elecciones europeas de ese año. En el año 2004 se unió a la [Alianza de los Liberales y Demócratas por Europa](#).

ANEXO – FINANCIACIÓN DE PARTIDOS Y FUNDACIONES POLÍTICAS CON MENCIÓN EUROPEA.

En el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, el 6 de febrero de 2004, se presentó un recurso contra el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea, por Emma Bonnino y otros eurodiputados.

Las partes demandantes – entre las que se encontraba la Lista Emma Bonnino como persona jurídica – solicitaban al Tribunal de Primera Instancia que anulare el Reglamento (CE) No. 2004/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativo al estatuto y la financiación de los partidos políticos a escala europea, y resolviese sobre las costas conforme a Derecho.

Los motivos y las principales alegaciones formuladas, en apoyo del recurso, coincidían con las de los asuntos T-13/04, Bonde y otros/Parlamento Europeo y Consejo; y T-17/04, Front National y otros/Parlamento Europeo y Consejo; los motivos y las principales alegaciones eran similares a los que se invocaban en el marco de dichos asuntos.

Por otra parte, Emma Bonnino y el resto de los eurodiputados, alegaban que se había violado el principio democrático en la medida en que las partes demandantes se hallaban en situación que, al no estar reconocidos como partido político a escala europea, quedaban excluidos de la financiación a través del presupuesto general de la Unión, pese a que, como *formación política*, formaban parte del Parlamento Europeo como resultado de unas elecciones libres y democráticas.

- a) En el orden procesal, la competencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea venía dada por el antiguo artículo 230 del Tratado de la Comunidad Europea – hoy artículo 263 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea – que define que el Tribunal de Justicia controlará la legalidad de los actos legislativos del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo, destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros.
- b) El escrito de demanda hacía mención al efecto provocado por la norma jurídica impugnada de atentar contra la igualdad de oportunidades de los partidos políticos, considerando que no todas las formaciones jurídicas podían alcanzar la subvención financiera, y que habida cuenta de que la formulación de tal solicitud de subvención depende únicamente de la voluntad de dicho partido, no excluye la afectación directa a una formación política. Es el caso de la ‘afectación perjudicial’ a la formación política Lista Emma Bonnino – pequeña formación con sede en Italia, y con 9 escaños en el Parlamento Europeo – que no puede cumplir con el requisito del artículo 3, apartado b) por cuanto no está representada en al menos la cuarta parte de los Estados de la Unión; y en consecuencia queda excluida de la ‘ventaja’ de la financiación de la que disponen sus ‘adversarios’ políticos.
- c) Desde el punto de vista procesal, es sustantivo el análisis que se hace, tanto en el escrito de demanda como en el Auto del Tribunal en la resolución del recurso, que – para declarar la admisibilidad de un recurso de anulación – debe apreciar al momento de interposición del

ANEXO – FINANCIACIÓN DE PARTIDOS Y FUNDACIONES POLÍTICAS CON MENCIÓN EUROPEA.

recurso el daño ‘directo e individual’ a la persona física o jurídica, demandante. En el caso en cuestión el artículo 230 del Tratado de la Comunidad Europea – hoy artículo 263 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea – establece un término de caducidad de dos meses para la interposición del recurso, momento en el cual aún no había entrado en vigor el Reglamento (CE) No. 2004/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, y por lo tanto no se había materializado el daño directo e individual sobre los demandantes¹⁰². En todo caso, en cuanto esta cuestión, el Tribunal declaró la admisibilidad procesal del recurso – cualquier otra interpretación hubiese supuesto que la institución autora del acto podría impedir a un particular interponer un recurso directo, con arreglo al artículo 230 del Tratado de la Comunidad Europea – hoy artículo 263 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea –, párrafo cuarto, aplazando la fecha de aplicación de una disposición que pudiera afectar directamente a la situación jurídica del interesado¹⁰³.

- d) El Tribunal – en sede de valoración de la afectación individual y directa a las personas físicas como requisito procesal establecido en el artículo 230 del Tratado de la Comunidad Europea – hoy artículo 263 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea –, consideró que el contenido de la norma comunitaria producía un efecto económico directo sobre la situación de la formación política, y no sobre la de los diputados electos de la lista de esa formación. Además, consideró que tales consecuencias económicas no afectaban a la situación jurídica, sino únicamente a la situación fáctica de los diputados demandantes, y matizaba “*si bien no puede descartarse que las condiciones de financiación de un partido político puedan repercutir sobre el ejercicio del mandato de los diputados miembros de éste*”.
- e) En este sentido señaló el Tribunal de Justicia que ninguna de las disposiciones del Reglamento impugnado resultaba directamente aplicable a los diputados. La totalidad de los derechos y obligaciones establecidos por el Reglamento impugnado ‘sólo se referían a los partidos políticos, a las alianzas de partidos políticos y a los partidos políticos a escala europea, así como al Parlamento, al Consejo, a la Comisión y al Tribunal de Cuentas’. Las disposiciones del Reglamento impugnado no afectaban directamente a los derechos relacionados con el mandato, ni a la remuneración de los diputados, ni a la relación entre el diputado y el partido político nacional del que es miembro, independientemente de si ese partido nacional formaba parte de una alianza de partidos políticos, o si se le reconocía el

¹⁰² Mediante escritos separados presentados en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia, el 7 y el 30 de abril de 2004, respectivamente, el Parlamento y el Consejo propusieron sendas excepciones de inadmisibilidad con arreglo al artículo 114, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia, basada en el artículo 230 CE, párrafo cuarto. En relación con el partido político demandante, la Lista Emma Bonnino, el Parlamento considera, además, que no se han cumplido las exigencias formales previstas en el artículo 44, apartado 5, del Reglamento de Procedimiento.

¹⁰³ La primera sesión del Parlamento Europeo, tras las elecciones europeas de junio de 2004, tuvo lugar el 20 de julio de 2004.

ANEXO – FINANCIACIÓN DE PARTIDOS Y FUNDACIONES POLÍTICAS CON MENCIÓN EUROPEA.

estatuto de partido político a escala europea en el sentido del Reglamento impugnado. De todo lo cual, dedujo el Tribunal, que el Reglamento impugnado no afectaba ‘directamente’ a los diputados demandantes, y en consecuencia, *su recurso no era admisible*.

- f) Por consiguiente, sólo quedaba por examinar si la norma jurídica afectaba ‘directa e individualmente’ a la Lista Emma Bonnino. El Tribunal consideró que la norma jurídica afectaba ‘directamente’ a la Lista Emma Bonnino por no cumplir con las condiciones de representatividad establecidas en el artículo 3 del Reglamento, y que la excluye de la financiación; pero que la Lista Emma Bonnino no contaba con suficientes razones para ser individualizada del resto de las formaciones políticas que habían participado en las elecciones del año 2004, ni aportaba ninguna cualidad o situación de hecho que la caracterice individualmente. De modo que esta era una formación política, entre tantas, que podía recibir la misma afectación económica.
- g) El Tribunal valoró que: “en efecto, aunque el legislador sabía que dichos criterios de selección darían lugar a la exclusión de determinadas formaciones políticas, entre las que se encuentra la Lista Emma Bonnino, no es menos cierto que tales criterios están formulados en términos abstractos y generales, por lo que pueden aplicarse a un número indeterminado de formaciones políticas actualmente y en el futuro. En todo caso, no se ha consignado ninguna circunstancia que demuestre que el legislador se refiriera explícitamente a la Lista Emma Bonnino y que el deseo de excluirla de una financiación determinara en gran medida los criterios adoptados para definir el concepto de ‘partido político a escala europea’”.
- h) El Tribunal valoró que, *“como señala acertadamente el Parlamento, los hechos del caso de autos se distinguen de aquellos de los que trajo causa la sentencia Los Verdes/Parlamento, antes citada. En efecto, este asunto versaba sobre una desigualdad en el reparto de fondos públicos destinados a la campaña de información de las formaciones políticas que participaron en las elecciones al Parlamento en 1984. Las decisiones presupuestarias impugnadas afectaban a todas las formaciones políticas, aunque el trato que les dispensaba variara según que estuvieran o no representadas en la asamblea elegida en 1979. Las formaciones representadas habían participado en la toma de decisiones relativas a su propio tratamiento y al conferido a las formaciones rivales no representadas. El Tribunal de Justicia respondió en sentido afirmativo a la cuestión de si las decisiones impugnadas afectaban individualmente a una formación política no representada, pero que podía presentar candidatos a las elecciones de 1984. El Tribunal de Justicia consideró que la tesis según la cual el acto impugnado afectaba individualmente tan sólo a las formaciones representadas daría lugar a una desigualdad en cuanto a tutela judicial en la medida en que las formaciones no representadas no pudieran oponerse al reparto de los créditos presupuestarios destinados a la campaña electoral antes de que las elecciones hubieran tenido lugar.”* En el caso de autos no se da ninguna desigualdad de este tipo, habida cuenta de que el objetivo del Reglamento impugnado es regular, de forma general y sin limitación

ANEXO – FINANCIACIÓN DE PARTIDOS Y FUNDACIONES POLÍTICAS CON MENCIÓN EUROPEA.

de tiempo, la financiación de los partidos políticos a escala europea y que, por lo tanto, debe aplicarse del mismo modo a todas las formaciones políticas.

- i) De lo que precede se desprende que el Reglamento impugnado no afecta individualmente a la Lista Emma Bonnino, y por consiguiente, ninguno de los demandantes ostenta la legitimación activa requerida en virtud del artículo 230 CE, párrafo cuarto.

Dadas las circunstancias valoradas e interpretadas por el Tribunal, procedió a declarar la inadmisibilidad del recurso, sin que sea necesario que el Tribunal de Primera Instancia – en virtud del artículo 114, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento, si una parte lo solicita – puede decidir sobre la inadmisibilidad sin entrar en el fondo del asunto.

A tenor del artículo 87, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Al haber solicitado las partes demandadas la condena en costas de los demandantes y al haber sido desestimados los motivos formulados por éstos, procede condenarlos en costas.

En virtud de todo lo expuesto, EL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (Sala Segunda) resolvió: 1) Declarar la inadmisibilidad del recurso. 2) Condenar en costas a los demandantes.

El Tribunal de Primera Instancia acumuló las demandas formuladas con similares alegaciones que solicitan la anulación del Reglamento (CE) 2004/2003 – es el caso del asunto T-40/04, interpuesto el 6 de febrero de 2004 por Emma Bonnino y otros siete demandantes contra el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea; es el caso del asunto T-17/04, Front National y otros contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea.

5– PROPORCIONALIDAD INVERSA ENTRE EL DINERO Y LA DEMOCRACIA.

De este modo, y a través del proceso reconstructivo de elaboración de la norma jurídica de un caso concreto en cuestión, puede arribarse a conocer la complejidad del diferendo ideológico – axiológico que se presenta en el actual proceso de definición y toma de rumbo de la Unión Europea; lo cual se refleja en sede parlamentaria en las profundas diferencias existentes sobre la financiación pública de los partidos y las fundaciones políticas europeas. El fondo del asunto discutido es de la mayor importancia pues recae en la *funcionalización* del ideal democrático europeísta por parte de la clase política profesional consolidada en las instituciones de la Unión. La dependencia de la actividad política con respecto al dinero, resulta muy evidente ¹⁰⁴.

¹⁰⁴ “Il finanziamento della politica appare in tal senso direttamente funzionale alla instaurazione ad al consolidamento di una democrazia sostenibile”, Mezzetti Luca, *Finanziamenti e condizionamenti del Partito Politico*, cit., p. 1.

ANEXO – FINANCIACIÓN DE PARTIDOS Y FUNDACIONES POLÍTICAS CON MENCIÓN EUROPEA.

Tampoco es baladí el tema de que el/la ciudadano/a europeo/a – el/la contribuyente – que está siendo representado por esa propia clase política profesionalizada, que actúa con una amplia y discrecional autonomía, se encuentre ajeno en la amplia mayoría de los casos, al uso, la gestión y el destino de los fondos financieros públicos que se encuentra a merced de la burocracia política europea.

La tecnocracia política europea, subvencionada por el ciudadano/a, es quien determina en función de criterios técnicos – economicistas – el destino de los recursos propios de la Unión. Es un modo del nuevo resurgir de los cuerpos intermedios de élites¹⁰⁵, y la difusión – difuminación – del dinero comunitario, que ahoga el ejercicio de la verdadera y real democracia. *Es la oculta vocación del ancien régime del Estado liberal*¹⁰⁶.

Vale la pena subrayar que al igual que la *libertad* no es una *cualidad natural* del género humano – y sí una forma específica de relaciones sociales –; y que el precio de una *mercancía* no es una *cualidad objetiva* del bien obtenido en el proceso productivo – y sí una realización que se alcanza en el intercambio del mercado¹⁰⁷–; se puede sostener que el coste de la ‘*democrazia*’ no es una *cualidad subjetiva* que permita inferir *per se* la calidad del proceso democrático, – ‘y sí conocer el alcance de la privatización y de la mercantilización de las instancias democráticas’.

Vale la pena preguntarse en el actual contexto comunitario, si: ¿La democracia puede ser una variable independiente del dinero?

¿El ejercicio de los derechos políticos puede ser una variable independiente de la mediación de la clase política¹⁰⁸?

En este punto no se trata del desarrollo de un modelo de democracia directa, sino de promover una democracia participativa y de evidenciar que la construcción artificial de los partidos políticos con mención europea constituyen una expresión funcional orientada a desvirtuar la contradicción

¹⁰⁵ “Lo Stato moderno mirava a sopprimere i corpi intermedi tra l’individuo e i pubblici poteri. Sappiamo invece che gli ordinamenti sensibili alla questione sociali producono discipline pensate per specifiche categorie di soggetti, che dunque lo Stato sociale è tale in quanto in un certo senso riscopre e valorizza i corpi intermedi tra l’individuo e i pubblici poteri.”, Monateri P. G., Somma, Alessandro, *Il Modello di Civil Law*, cit., p. 157.

¹⁰⁶ Cerroni, Umberto, “Il problema della teorizzazione dell’interpretazione di classe del Diritto Borghese”, in *L’uso alternativo del diritto*, cit., p.7.

¹⁰⁷ Mercado que puede ser desigual, injusto y especulativo dada la diferencia jurídica, social y económica entre las partes, agudizada por una falta de intervención política que regule la protección sustancial de la parte débil del contrato.

¹⁰⁸ “Il capitalismo e la società borghese hanno privato gli individui di una comunicazione diretta e immediata tra loro, e li hanno costretti a comunicare solo attraverso l’immediazione di un apparato amministrativo e centralizzato. Hanno dunque ridotto gli individui alla condizione di atomi sottomessi a un’ autorità, che è un’ autorità astratta nella quale essi non si riconoscono.”, Sombart Werner, *Deutscher Socialismus*, in Foucault Michel, *Nascita della biopolitica*, cit., p. 105.

ANEXO – FINANCIACIÓN DE PARTIDOS Y FUNDACIONES POLÍTICAS CON MENCIÓN EUROPEA.

política en el espacio europeo, y una “*maniobra*” que mina el propio ‘*Stato rappresentativo*’ en cuanto proclama la soberanía popular para promover un ejercicio de los derechos políticos restringidos y separados, sólo al alcance del ejercicio de la clase política. Se trata entonces, como línea de solución, potenciar una verdadera democracia pluralista, recuperar el papel activo del ciudadano/a, y de alcanzar la libertad a través de un ejercicio mayor de emancipación política con la creación de instrumentos democráticos, que reduzcan la mediación política –.

*“Il capitalismo e la società borghese hanno privato gli individui di una comunicazione diretta e immediata tra loro, e li hanno costretti a comunicare solo attraverso l’intermediazione di un apparato amministrativo e centralizzato. Hanno dunque ridotto gli individui alla condizione di atomi, atomo sottomessi a un’ autorità, che è una autorità astratta nella quale essi non si riconoscono. La società capitalista, inoltre ha costretto gli individui a un tipo di consumo di massa, che svolge funzioni di uniformazione e di normalizzazione. L’economia borghese e capitalista, infine, ha condannato gli individui a poter stabilire una comunicazione tra loro unicamente ed esclusivamente attraverso il gioco dei segni e degli spettacoli.”*¹⁰⁹

No es casual, en este análisis que se desarrolla sobre el esquema de financiación de los partidos políticos y las fundaciones a escala europeas, que coincida el modelo comunitario europeo con los esquemas de financiación pública de los estados nacionales con mayor representación en el Parlamento, Alemania,¹¹⁰ Italia¹¹¹ y Francia¹¹². Estos tres países cubren el 33% del total de cupos en el Parlamento y son evidentemente estos eurodiputados que conforman las mayorías consolidadas, los que han *fomentado* un esquema similar de asignación de recursos al que existe en sus ordenamientos nacionales. Esta consideración es válida para comprender cómo muchas de las disposiciones reglamentarias del Parlamento Europeo no sean tanto de origen interna, y sí el

¹⁰⁹ Foucault Michel, *Nascita della biopolitica*, cit., p. 105.

¹¹⁰ La República Federal Alemana adoptó un esquema de financiación de pública con la Ley de Partidos , de fecha 24 de julio de 1967, convirtiéndose en el segundo país que lo asumía, luego del “estado libre asociado” de Puerto Rico. La experiencia legislativa alemana estuvo vinculada a la decisión de la Corte del Tribunal Constitucional, que en el año 1969 determinó sobre la inconstitucionalidad de una ley del año 1959, relativa a la erogación del financiamiento público a los partidos políticos para la realización de actividades de formación política, considerando que tal esquema minaba la autonomía interna de los partidos políticos

¹¹¹ “*L’introduzione del finanziamento pubblico in Italia, che seguita un provvedimento analogo ma di altro tono adottato nel 1967 in Germania, era dunque considerata come una misura innovativa per perseguire gli obiettivi della moralizzazione della vita pubblica, della attuazione del principio di uguaglianza delle opportunità tra concorrenti e della liberazione dei partiti dai condizionamenti economici. (...) Ritenere che il finanziamento pubblico dei partiti potesse servire in Italia per risolvere adeguatamente il costo de la democrazia non è stato altro che una pia illusione o un astuto imbroglio*”, Massimo Teodori, Soldi & Partiti: *Quanto costa la democrazia in Italia?*, cit, p. 138.

¹¹² Francia adoptó un esquema de financiación pública a partir del año 1988, con la Ley 88-227/1988, relativa a la transparencia financiera de la actividad política.

ANEXO – FINANCIACIÓN DE PARTIDOS Y FUNDACIONES POLÍTICAS CON MENCIÓN EUROPEA.

resultado de una transposición al ámbito comunitario de soluciones ya adoptadas en la experiencia de los parlamentos nacionales ¹¹³.

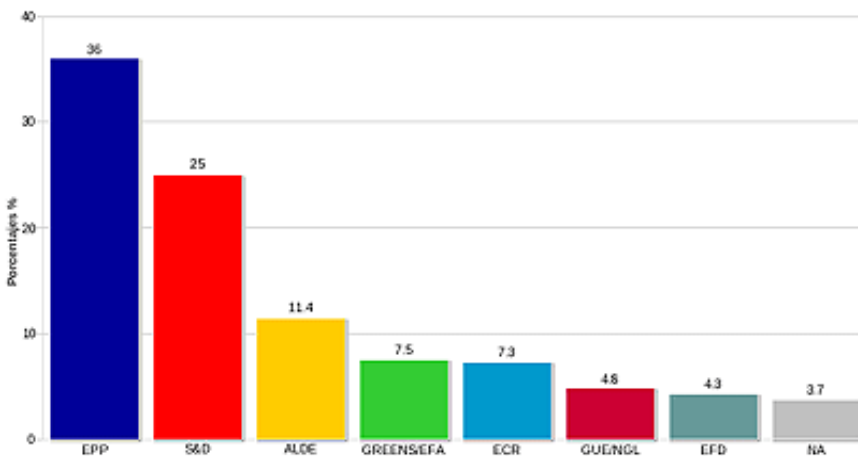
Del sostenido aumento de los costes de la democracia se pueden inferir otras tantas cosas, diversas de aquella relacionada con la buena salud y el bienestar del ejercicio democrático ¹¹⁴.

Sólo a efectos de demostrar lo expuesto se realizan dos desarrollos matemáticos, con cifras reales, donde se pone de manifiesto la relación existente entre la distribución de la subvención pública del modelo de partidos políticos y fundaciones europeos – según la normativa analizada – y los resultados de la participación democrática alcanzados – según los criterios de eficiencia que justificaron la norma de financiación –: ¹¹⁵

I – Desarrollo:

I – Análisis de la distribución de la subvención pública a los partidos políticos con mención europea
—.

a) Datos:



Resultados electorales.

- EPP: Grupo del Partido Popular Europeo (Demócrata–Cristianos)

¹¹³ Adriana Cianco, *Partiti politici e gruppi parlamentari nell' ordinamento europeo*, *Politica del Diritto*, XXXVIII, n., 2, giugno 2007, pp. 159

¹¹⁴ Preuß Ulrich K., “*Sul contenuto di classe della Teoria tedesca dello Stato di Diritto*”, in *L'uso alternativo del diritto*, cit., p.21.

¹¹⁵ Disponible en, http://www.europarl.es/elecciones_2009.php?opcion=4

ANEXO – FINANCIACIÓN DE PARTIDOS Y FUNDACIONES POLÍTICAS CON MENCIÓN EUROPEA.

- S&D: Grupo de la Alianza Progresista de los Socialistas y Demócratas en el Parlamento Europeo
- ALDE: Grupo de la Alianza de los Demócratas y Liberales por Europa
- GREENS/EFA: Grupo de los Verdes/Alianza Libre Europea
- ECR: Conservadores y Reformistas Europeos
- GUE/NGL: Grupo Confederal de la Izquierda Unitaria Europea/Izquierda Verde Nórdica
- EFD: Europa de la Libertad y de la Democracia
- NA: No inscritos en ningún grupo.
- Valor de la subvención convocada a los partidos políticos ¹¹⁶ – año 2010 –: 11,075 MM€.
- Valor de la subvención convocada a las fundaciones políticas – año 2010 –: 7,140 MM€.
- Total del Valor de las subvenciones convocadas ¹¹⁷ – año 2010 – :18,215 MM€.
- EPP: Grupo del Partido Popular Europeo (Demócrata–Cristianos), obtuvo 265 escaños para un 36%.
- S&D: Grupo de la Alianza Progresista de los Socialistas y Demócratas, obtuvo 184 escaños para un 25%.
- GUE/NGL: Grupo Confederal de la Izquierda Unitaria Europea/Izquierda Verde Nórdica, obtuvo 55 escaños para un 4,8%.

b) Consideraciones:

- Existen 10 familias de partidos europeos reconocidas y sujetas a las subvenciones públicas.

¹¹⁶ Disponible en, http://www.europarl.europa.eu/tenders/doc/annual_work_programme_2010.pdf

¹¹⁷ Para el cálculo de cuánto habrá de percibir cada familia de partidos y fundaciones políticas, se puede realizar la suma de las dos partidas de subvenciones porque el mecanismo de redistribución establecido es el mismo para ambos casos, una parte fija – 15% - y otra variable sujeta a los resultados alcanzados en las elecciones legislativas europeas – 85%-. Ver el artículo 4.5 del Reglamento modificado. – “La financiación de una fundación política a escala europea se asignará sobre la base de su afiliación a un partido político a escala europea, observando lo establecido en el artículo 10, apartado 1. Los artículos 9 y 9 bis se aplicarán a los fondos así asignados.”

ANEXO – FINANCIACIÓN DE PARTIDOS Y FUNDACIONES POLÍTICAS CON MENCIÓN EUROPEA.

- 15% de las subvenciones convocadas distribuibles a partes iguales entre todas las familias. (parte fija)
- 85% de las subvenciones convocadas distribuibles a prorrata según los resultados electorales (parte variable)

c) Resultados de la distribución de la financiación:

EPP = 1,5% + 36% = 37,5%; lo cual representa 6,83 millones de €.

S&D = 1,5% + 25% = 26,5%; lo cual representa 4,83 millones de €.

GUE/NGL = 1,5% + 4,8% = 6,3%; lo cual representa 1,14 millones de €.

d) Conclusiones:

1. Las dos mayores fuerzas políticas representadas en el Parlamento Europeo acaparan, en el año 2010, el 64% de las subvenciones públicas destinadas a fomentar la *opinión pública europea*, lo cual significa que alcanzan subvenciones superiores al total de la suma de las ocho – 8 – familias políticas restantes. Este dato, por sí sólo, expone el riesgo al que está expuesta la representación de la pluralidad política europea. – Es un mecanismo de distribución análogo a la fundamentación del *Derecho Moderno* basado en la universalidad de la igualdad formal del sujeto jurídico – igualdad ante la ley –, que oculta la relación y reproducción de la desigualdad material al interno del sistema *democrático*;
2. Esta situación de desnivel financiero habrá de reproducirse – y tendencialmente ampliarse por el eventual aumento de las subvenciones públicas – durante los próximos 5 años, hasta que en el 2014 se elija la 8^{va}. legislatura parlamentaria. Con lo cual en este intermedio de tiempo las dos mayores formaciones políticas dispondrán de mayores ventajas para el ejercicio de la actividad política. Este es un modo de negar la estructura antagónica de la sociedad y desvirtuar su desarrollo;
3. El procedimiento matemático de distribución de las subvenciones públicas ha sido aprobado – en las dos ocasiones en sede parlamentaria – con la anuencia expresa de las dos fuerzas con mayorías parlamentarias, en beneficio de sí mismas, y con el rechazo explícito del resto de las formaciones políticas, lo cual pudiera interpretarse – como ya se ha sostenido – como un ejercicio abusivo, déspota, arbitrario o antidemocrático de los presupuestos generales comunitarios. La legalidad no es suficiente para la legitimación del actuar político;
4. Existen otros muchos procedimientos de distribución de las subvenciones más equitativos, que pudieran fomentar – económicamente – de mejor manera la pluralidad política representada en

ANEXO – FINANCIACIÓN DE PARTIDOS Y FUNDACIONES POLÍTICAS CON MENCIÓN EUROPEA.

el Parlamento, e incluso, fomentar aquellas fuerzas que no alcanzaron los votos suficientes para estar representadas en la legislatura actual.¹¹⁸

II – Sobre el sentido y el flujo del dinero público.

En sede del sencillo análisis de las formulaciones matemáticas del Reglamento en cuestión, vale la pena detenerse por unos instantes en la redacción de los apartados 3 y 4 del artículo 6 – Obligaciones vinculadas a la financiación –, del Reglamento (CE) no 2004/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativo al estatuto y la financiación de los partidos políticos a escala europea, tal como quedó modificado:

“3. Serán admisibles las cotizaciones a un partido político a escala europea de los partidos políticos nacionales o las personas físicas que sean miembros de un partido político a escala europea. Las cotizaciones a un partido político a escala europea de partidos políticos nacionales o personas físicas no serán superiores al 40 % del presupuesto anual de dicho partido político a escala europea.

4. Serán admisibles las cotizaciones a una fundación política a escala europea de las fundaciones políticas nacionales que sean miembros de una fundación política a escala europea, así como de partidos políticos a escala europea. Estas cotizaciones no serán superiores al 40% del presupuesto anual de la fundación política a escala europea y no podrán proceder de fondos que un partido político a escala europea haya obtenido del presupuesto general de la Unión Europea con arreglo al presente Reglamento.”

Análisis¹¹⁹:

1. La normativa comunitaria prevé una circulación de dineros *formidable* entre los partidos políticos nacionales, las fundaciones políticas nacionales, los partidos políticos a escala europea y las fundaciones políticas a escala europea. Téngase en cuenta que los partidos políticos nacionales y las fundaciones políticas nacionales – en la mayoría de los casos – perciben subvenciones públicas de sus estados nacionales, según las respectivas leyes de presupuestos nacionales.

¹¹⁸ Ver, por ejemplo, la Ley Orgánica española No. 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos, que establece en su artículo 3 que un tercio de la subvención se distribuirá según el número de escaños alcanzados en el Congreso, y los dos tercios restantes en proporción al número de votos obtenidos en las elecciones.

¹¹⁹ “*Il diritto è di classe, perché è condizione (fra le altre) di funzionamento di un modo di produzione, che costituisce una data classe in classe dominante*”, Guastini Riccardo, *Fondamenti Teorici del cosiddetto “uso alternativo del Diritto” nel marxismo*, in *L'uso alternativo del diritto*, Tomo II – Ortodossia giuridica e pratica politica -, Editori Laterza, 1973, p.14.

ANEXO – FINANCIACIÓN DE PARTIDOS Y FUNDACIONES POLÍTICAS CON MENCIÓN EUROPEA.

2. De este modo, los estados nacionales – a través de sus partidos políticos nacionales – pudieran estar subvencionando directamente a los partidos políticos a escala europea hasta en un 40% del presupuesto anual de dicho partido a escala europea.
3. El mismo análisis se extiende a la subvención de las fundaciones políticas a escala europea, provenientes de los presupuestos de los estados nacionales. Hasta un 40% del presupuesto anual de la fundación política a escala europea puede provenir directamente de las fundaciones políticas nacionales subvencionadas por sus estados nacionales; o provenir de las subvenciones públicas nacionales otorgadas a sus partidos políticos nacionales que pueden encausar sus fondos a los partidos políticos a escala europea, y de estos a las fundaciones políticas europeas. Hasta un límite del 40%.
4. La cuestión inversa no se puede realizar¹²⁰ por cuanto pudiera considerarse una irregularidad¹²¹.

Conclusiones:

- 1- La normativa comunitaria, además de las ventajas directamente *auto*–otorgadas a las fuerzas políticas mayoritarias representadas en el Parlamento, por las subvenciones públicas directas a cargo del presupuesto de la Unión, aún les confiere mayores ventajas financieras al permitir una circulación de dineros provenientes directamente de los estados nacionales.
- 2- Lo anterior se manifiesta con mayor énfasis si se considera que son los más grandes y poderosos partidos políticos nacionales los que está representados en las dos formaciones políticas mayoritarias europeas, lo cual significa que son los partidos políticos nacionales que ejercen el gobierno y los que alcanzan mayores subvenciones en sus respectivos Estados. Dinero que luego deriva a las respectivas fundaciones políticas.

II – Desarrollo:

¹²⁰ “Artículo 7 2. La financiación de fundaciones políticas a escala europea con cargo al presupuesto general de la Unión Europea o de cualquier otra fuente no podrá utilizarse para la financiación directa o indirecta de partidos políticos o de candidatos a escala europea o nacional o de fundaciones a nivel nacional.”, Reglamento (CE) no 1524/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2007.

¹²¹ REGLAMENTO (CE, EURATOM) N° 2988/95 DEL CONSEJO de 18 de diciembre de 1995, relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, Artículo 1.2. “Constituirá irregularidad toda infracción de una disposición del Derecho comunitario correspondiente a una acción u omisión de un agente económico que tenga o tendría por efecto perjudicar al presupuesto general de las Comunidades o a los presupuestos administrados por éstas, bien sea mediante la disminución o la supresión de ingresos procedentes de recursos propios percibidos directamente por cuenta de las Comunidades, bien mediante un gasto indebido.”

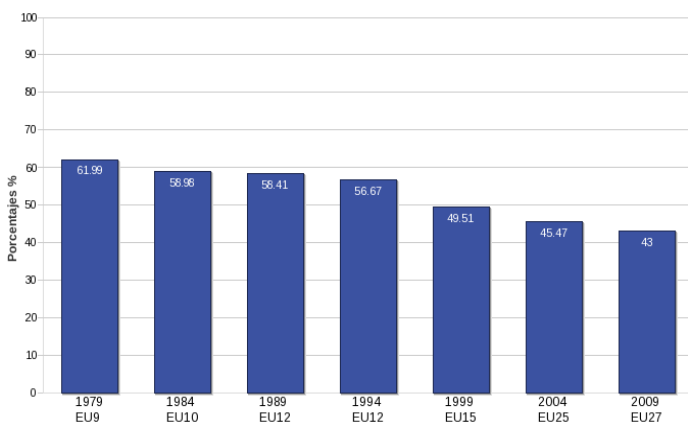
ANEXO – FINANCIACIÓN DE PARTIDOS Y FUNDACIONES POLÍTICAS CON MENCIÓN EUROPEA.

– La falta de eficacia y eficiencia de la subvención pública sobre la participación política –

a) Resultados de la participación democrática alcanzados.

Por lo que se refleja en el siguiente gráfico, la constante ampliación de la Unión viene aparejada a una sistemática menor participación ciudadana en la democracia europea, cuyo vacío no ha podido ser cubierto por el sostenido incremento de los gastos políticos y de las subvenciones públicas comunitarias como ya se ha visto, que ha de pagar, por supuesto, el contribuyente europeo – tanto el ciudadano/a europeo/a como el/la no ciudadano/a–, pero residente en el territorio de la Unión¹²².

Participación en las elecciones europeas 1979–2009¹²³.



1979 – EU9 – 9 Estados miembros: Alemania, Francia, Italia, Países Bajos, Bélgica, Luxemburgo, Reino Unido, Dinamarca e Irlanda.

- 1984 – EU10 – Los 9 Estados miembros + Grecia en 1981.
- 1989 – EU12 – Los 10 Estados miembros + España y Portugal en 1986.
- 1994 – EU12 – 12 Estados miembros.
- 1999 – EU15 – Los 12 Estados miembros + Austria, Suecia y Finlandia en 1995.

¹²² Disponible en, http://ec.europa.eu/budget/reform/library/budget_glance/budget_glance_es.pdf

¹²³ Disponible en, http://www.europarl.europa.eu/parliament/archieve/elections2009/es/turnout_es.html

ANEXO – FINANCIACIÓN DE PARTIDOS Y FUNDACIONES POLÍTICAS CON MENCIÓN EUROPEA.

- 2004 – EU25 – Los 15 Estados miembros + Polonia, Hungría, Eslovenia, Eslovaquia, República Checa, Estonia, Letonia, Lituania, Chipre y Malta en 2004.
- 2009 – EU27 – Los 25 Estados miembros + Bulgaria y Rumania en 2007.

Fuente: TNS opinión en colaboración con el PE.

b) Subvenciones públicas de los partidos políticos.

La evolución anual de los montos otorgados por concepto de subvenciones a los partidos políticos, con mención europea, según las Convocatorias publicadas es como sigue: ¹²⁴

Ejercicio 2004 – 6,500 millones de euros (€) – Y abarcó el período del 20 de julio al 31 de diciembre del 2004.

Ejercicio 2005 – 8,400 millones de euros (€)– Abarcó todo el año natural al igual que el resto de los ejercicios.

Ejercicio 2006 – 8,594 millones de euros (€)– (partida presupuestaria 4020).

Ejercicio 2007 – 10,436 millones de euros (€)–.

Ejercicio 2008 – 10,645 millones de euros (€)–.

Ejercicio 2009 – 10,858 millones de euros (€)–.

Ejercicio 2010 – 11,075 millones de euros (€)–.

c) Subvenciones públicas de las fundaciones políticas.

A lo cual habría que añadir los montos de las subvenciones públicas que han recibido las fundaciones políticas afines, con mención europea ^{125 126}:

Ejercicio 2008 – — millones de euros (€)–.Gastos subvencionables luego del primero de septiembre, 2008¹²⁷.

¹²⁴ Disponible en, http://www.guiafc.com/ficha.asp?Id=40&Id_f=273

¹²⁵ Disponible en, <http://www.europarl.europa.eu/parliament/expert/staticDisplay.do?language=ES&id=43&pageRank=1>

¹²⁶ “*I partiti non hanno limiti nell’escogitare sempre nuovi modi per procacciarsi denari (...)*”, Teodori Massimo, Soldi & Partiti: Quanto costa la democrazia in Italia?, cit, p. 124.

ANEXO – FINANCIACIÓN DE PARTIDOS Y FUNDACIONES POLÍTICAS CON MENCIÓN EUROPEA.

Ejercicio 2009 – 7,000 millones de euros (€)–.

Ejercicio 2010 – 7,140 millones de euros (€)–.

De modo que los gastos políticos combinados, por concepto de subvenciones políticas en tan sólo 6 años, prácticamente para el año 2010 van a triplicar los montos destinados por el mismo concepto a los del ejercicio anual del año 2004¹²⁸. Sin embargo, a pesar de un mayor gasto de ‘mediación de los poderes públicos’, los resultados *democráticos* no han sido los esperados, lo cual pudiera poner en dudas la real y anhelada eficiencia económica de la gestión partidista y de las fundaciones políticas¹²⁹. En 30 años de elecciones directas al Parlamento Europeo la participación popular ha descendido – sostenidamente – 19 puntos porcentuales –.

Debe tenerse en cuenta que en las recientes elecciones europeas del año 2009, sólo participó el 43% de la población europea con derecho a votar¹³⁰. La falta de legitimación democrática de las instituciones de la Unión – con mención particular al Parlamento Europeo – es la secreta razón “*a voces*” que justifica y *funcionaliza* la financiación de los partidos políticos con mención europea; la falta de legitimación y la *necesidad* de recrear la *imagen democrática occidental* son los motivos para *comprar y atraer*, con dinero comunitario, ‘*las almas, las mentes y las voluntades*’ de los partidos políticos nacionales y a sus fundaciones políticas afines, como “máquinas de ideas” sujetas a las demandas del *proveedor comunitario*.

La canalización del financiamiento a los partidos políticos y fundaciones – a falta de ‘participación’ – sólo puede realizarse a través de un mecanismo jurídicamente “legitimado”, que refuerce la

¹²⁷ “Artículo 2 - Disposiciones transitorias – (...). Para el ejercicio presupuestario 2008, cualquier solicitud de financiación de fundaciones políticas a escala europea de conformidad con el artículo 4, apartado 4, del Reglamento (CE) no 2004/2003 se referirá únicamente a los gastos subvencionables efectuados después del 1 de septiembre de 2008.”

¹²⁸ “(...) Il modo col quale sono finanziati i partiti è da noi una malattia vergognosa di cui sembra no sia lecito parlare in tra persone bene educate. Il rimedio, però, non stava nel finanziamento pubblico perché «comunque lo Stato pagasse le spese dei partiti, non ne sazierebbe mai la fame: le somme pubbliche sarebbero soltanto delle nuove posizioni di partenza dalle quali si muoverebbero per prendere, con i denari che ancora riuscirebbero a spillare ai privati, delle iniziative che oggi non possono prendere». La medicina invece consisteva (...) e regolamentare le spese sulla scorta della legislazione vigente in Inghilterra dal 1949”, Rossi Ernesto, *La insaziabile fame*, *Il Mondo*, 11 ottobre 1952, in Teodori Massimo, *Soldi & Partiti: Quanto costa la democrazia in Italia?*, cit., p. 58.

¹²⁹ “Non sarà inutile precisare che la partecipazione, che dovrebbe avere un tale significato ed un tale ruolo, non giunge fino a comprendere i partiti politici: «si sono in particolare manifestante le insufficienze dei partiti come canali di mediazione istituzionale tra la società e lo Stato, da strumenti di penetrazione e condizionamento della Società nello Stato sembrano infatti progressivamente sclerotizzarsi e immedesimarsi nella stessa struttura pubblica che avrebbero dovuto influenzare», Chiti M., *Partecipazione popolare e istituti di democrazia diretta*, cit. p. 258.

¹³⁰ Disponible en, http://www.europarl.europa.eu/parliament/archieve/elections2009/es/index_es.html

ANEXO – FINANCIACIÓN DE PARTIDOS Y FUNDACIONES POLÍTICAS CON MENCIÓN EUROPEA.

‘tradición jurídica occidental’ en cuanto a ficción que reconoce la superioridad del Derecho sobre la Política. Ese ha sido el rol del Reglamento Comunitario (CE) 2004/2003.

Desde el plano del método ha sido repetidamente confirmada la opinión de que la participación no debe ser entendida como un valor en ‘sí misma’ en cuanto que representa una apertura en sentido democrático del ordenamiento, sino que más bien es un concepto funcional a varios contextos generales, considerada y reconocida como un ‘modo de relación’. En el caso actual de la Unión Europea, la escasa participación puede ser interpretada desde el plano teórico como ‘la ineficacia y la incapacidad’ de la expansión y de la persuasión de los grupos dominantes, que requieren de la ‘participación’ como elemento de centralidad en el cuadro cuasi constitucional europeo, y como principio fundamental de legitimación del sistema político actual y del ordenamiento jurídico vigente¹³¹.

El resultado del análisis estadístico – tan caro al análisis económico del derecho – confirman, cuantitativamente, las valoraciones formuladas sobre la norma de estudio y sus efectos.

5.1 – EXPERIENCIAS NACIONALES. – EL REINO UNIDO, LOS ESTADOS UNIDOS Y LA REPÚBLICA ALEMANA.

La única excepción nacional en el espacio europeo en cuanto a recibir financiamiento público directo – *subvenciones* – a favor de sus partidos políticos es el caso del Reino Unido – sólo contempla la erogación de gastos por parte del Estado durante la campaña electoral ¹³²–, cuyo ordenamiento contempla a los partidos políticos como asociaciones voluntarias que carecen de personalidad jurídica. De aquí se deduce que muy probablemente ningún partido político a escala europea se constituirá bajo el ordenamiento jurídico anglosajón, o tendrá su sede en el Reino Unido ¹³³.

En el resto de los países se ha consolidado la prevalencia de la financiación pública sobre los fondos privados, con las consecuencias que ello trae aparejada.

En este punto – de un incremento vertiginoso de los gastos de la clase política europea – vale comentar la diferencia que existe entre el procedimiento adoptado de financiación en la Unión

¹³¹ Ver, Levi Franco, *Partecipazione e Organizzazione*, Democrazia e Diritto, 1988, p. 1625 e ss.

¹³² In Gran Bretagna il finanziamento privato ai partiti politici è disciplinato dal Political Parties, Elections and Referendum Act del 2000, come di recente emendato dall’Electoral Administration Act del 2006.

¹³³ “*Il che significa che il collegamento tra la persona giuridica e l’ordinamento nazionale dipende di una scelta formale dell’operator economico e non da valutazioni sostanziali operate da un soggetto politico.*”, Monateri P. G., Somma, Alessandro, *Il Modello di Civil Law*, cit., p. 188.

ANEXO – FINANCIACIÓN DE PARTIDOS Y FUNDACIONES POLÍTICAS CON MENCIÓN EUROPEA.

Europea y el tipo de financiamiento existente en el Reino Unido y en los Estados Unidos; y no precisamente porque estos últimos sean ejemplos a imitar. En el Reino Unido y en los Estados Unidos – con sus diferencias – el sistema de financiamiento está basado fundamentalmente sobre el sistema privatístico, centrado en la donación voluntaria individual y de las organizaciones. Es significativo en el Reino Unido los límites que se establecen para detener el aumento de los costes de las campañas políticas; y es meritorio y ejemplar el mecanismo de financiamiento de la oposición: Si el dinero público debe servir para crear igualdad de oportunidades, entonces la respuesta adecuada para las subvenciones públicas en la actividad política debe estar destinada a la actividad parlamentaria de la oposición.

En el caso de la República Federal Alemana sucede algo parecido, el sistema de financiación establece que la financiación estatal no puede superar la suma del resto de las fuentes de financiamiento; de este modo se establece una norma explícita de 50% – 50% que estimula e incentiva la participación de la contribución privada.

Consideramos que los dos ejemplos citados tienen elementos que pueden ser valorados y asumidos por la legislación europea, en sede de financiamiento público a los partidos políticos, en aras de un mayor rigor en el control de los gastos, que como en cualquier actividad en la que no exista un riguroso control, la mayor disponibilidad de recursos viene asociada a un mayor gasto. En esta cuestión, como en tantas otras, los juristas presentes en el Parlamento Europeo pueden y deben – por imperativo profesional y por la labor de representación del ciudadano/a – jugar un rol activo fundamental¹³⁴.

El hecho es que, con *el pretexto* del ejercicio del derecho de asociación y a la manifestación de la libertad de pensamiento, el financiamiento a los partidos políticos de mención europea ha encarecido la gestión política y trasladado una carga – cada vez más *pessante* – al contribuyente europeo. “*Non c’è dubbio che il finanziamento ai partiti sulle spalle di tutti i cittadini abbia rappresentato una pratica odiosa che le forze politiche hanno imposto e vorrebbero seguitare a imporre*”¹³⁵.

El debate, el estudio y la controversia sobre la adecuada financiación pública y la distribución de recursos y servicios a los partidos políticos europeos, puede – y debe – trasladarse al análisis de los costos de la arquitectura del régimen democrático comunitario europeo.

Un análisis sobre el costo de la democracia europea puede arrojar luces – o sombras – sobre las causas y las razones del desgobierno – *estados fallidos* – que existe en otras zonas del mundo, como puede ser la realidad de muchos países de América Latina.

¹³⁴ “*E così, mano a mano, il giurista è divenuto l’interprete della società, l’ingegnere sociale, il mediatore di conflitti, il consigliere della classe politica.*”, Barcellona Pietro, *L’uso alternativo del diritto*, cit., p. X.

¹³⁵ Massimo Teodori, *Soldi & Partiti: Quanto costa la democrazia in Italia?*, cit., p. 143.

ANEXO – FINANCIACIÓN DE PARTIDOS Y FUNDACIONES POLÍTICAS CON MENCIÓN EUROPEA.

6 – EL ANTIDERECHO Y LA INNOVACIÓN CREATIVA.

Luego del desarrollo y la reflexión realizados hasta este punto, vale la pena volver a formular llanas preguntas de carácter normativo:

- ¿Qué tipo de interpretación ha realizado el Parlamento Europeo y el Consejo – colegisladores – para incluir en el Reglamento Comunitario de financiación de los partidos políticos, a las fundaciones políticas?
- ¿También tienen cabida las organizaciones juveniles afines a los partidos políticos?
- ¿Habrá que modificar el texto del artículo 224 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea – que se refiere textualmente a los partidos políticos –, o habrá que modificar la denominación del Reglamento Comunitario para incluir a estos nuevos sujetos?
- ¿O habrá que modificar los dos apartados anteriores?; ¿O ninguno de los dos y la cuestión queda en competencia de la interpretación extensiva?
- ¿Estamos en sede de un ‘uso alternativo neoliberal’¹³⁶ – si es que aún cabe más – del derecho comunitario por las instituciones comunitarias?

Estas preguntas quedan expuestas para mantener las perspectivas iniciales del análisis suscitado, y su continuación en el tiempo, por cuanto el ejercicio normativo continúa:

6.1 – EL ANTIDERECHO.

Tal como establece la norma comunitaria, para el 15 de enero del año 2011 el Parlamento deberá presentar un informe sobre la aplicación del Reglamento, tal como ha quedado consolidado en su modificación del año 2007 — recuérdese que es el mismo *modus operandi* de revisión utilizado, y que en el año 2006 dio lugar a la Resolución que promovió la inclusión de las fundaciones políticas —.

¹³⁶ “Lo Stato rappresentativo moderno è una macchina neutrale, in grado de assorbire rapporti di produzione nuovi, «rovesciati» rispetto alla logica di classe che attualmente li contraddistingue. L’uso «alternativo» del diritto consiste nell’operare al livello del diritto tradizionale al fine di renderlo più «democratico» e socialmente più avanzato.”, Picone Paolo, *Riformismo giuridico o socialdemocrazia*, cit., p. 212.

ANEXO – FINANCIACIÓN DE PARTIDOS Y FUNDACIONES POLÍTICAS CON MENCIÓN EUROPEA.

Para ese entonces, y según los informes y las opiniones recogidas en esta tesis, según un análisis de las tendencias de la evolución legislativa y normativa constatada, valorando el contexto político comunitario actual – y evitando pecar de un excesivo *determinismo* como preludeo de los intentos normativos “*que aflige a los investigadores y cultores del Derecho*” – ¹³⁷, debe esperarse que las mayorías parlamentarias – las mayorías partidistas consolidadas – continúen abogando:

- por obtener el estatus de institución para los partidos políticos con mención europea;
- soliciten un aumento del monto de las subvenciones comunitarias, entre un 90% y un 95% ¹³⁸;
- soliciten mayores facilidades fiscales; y
- adicione la esperada *novedad* de propuesta de subvención de las organizaciones juveniles a ellos asociados ¹³⁹.

Los ‘creadores’ contemporáneos ordoliberales de las estructuras políticas y económicas de la Unión Europea, ‘no pretenden dejar cabos sueltos’, conocen cuál es el fin de su diseño y desean cumplir cabalmente con sus deberes, para ello siguen disciplinadamente el mismo método legislativo que hasta ahora les ha dado resultado – mantener la ausencia ciudadana de la actividad política. ¿*Referéndum para qué?* ¿*Iniciativa popular para qué?* ‘Es un intento – a marcha forzada – de sincronizar el ordenamiento jurídico comunitario con la realidad constituida – realidad fabricada –, para lo cual la mejor garantía es la implementación de una hegemonía’. Conscientes del poco crédito público institucional, intentaron forzar la aprobación de una Constitución Europea, cual cierre de una exclusiva en el procedimiento ordoliberal del *Rule of Law económico*.

En cuanto a continuar otorgando mayores subvenciones políticas, todo indica que no hay conflictos de pareceres entre las corrientes de *centro izquierda* y de *centro derecha* europeas – ‘el centro es uno sólo’; existe una verdadera complicidad e integración entre las dos principales fuerzas que lideren la mayoría y la oposición parlamentaria. Es una *‘fórmula della coesistenza politica*,

¹³⁷ Somma, Alessandro, “*Tanto per cambiare...Mutazione del Diritto e Mondializzazione nella riflessione comparatistica*”, cit., p. 107.

¹³⁸ Valórese que el Reglamento Financiero de la Unión Europea no permite financiar la totalidad de los gastos de financiamiento, lo cual no es óbice para que los montos de financiación – como ha sucedido hasta ahora - continúen incrementándose en valores absolutos. Por lo tanto, es muy posible que no requieran del aumento del valor relativo porcentual.

¹³⁹ “14. d - *¿De qué forma puede revalorizarse y fomentarse el cometido de las organizaciones y movimientos políticos de jóvenes europeos, que constituye un instrumento indispensable para el desarrollo y la consolidación de una conciencia y de una identidad europeas en las jóvenes generaciones?*”, Resolución del Parlamento Europeo (2005/2224(INI)) – sobre los partidos políticos europeos, del 23 de marzo del año 2006.

ANEXO – FINANCIACIÓN DE PARTIDOS Y FUNDACIONES POLÍTICAS CON MENCIÓN EUROPEA.

*permanente nella pace del Diritto*¹⁴⁰. Volverá a escucharse la voz de la *residual oposición*, sin los votos suficientes para cambiar la *marcha de la Historia*.

Para obtener estas *conquistas*, los partidos políticos se ‘autogestionan’ a modo de ‘autoservice’ en el Parlamento Europeo, para ello cuentan con la mayoría de sus votos, cuentan con el apoyo de la clase política profesional establecida, cuentan con la anuencia de los grupos de interés¹⁴¹, e incluso cuentan con la falta de interés público – o apatía – que el tema pudiera llegar a alcanzar y que por ende no se traduciría en una crítica que alcance el debate social.

La incapacidad de la clase política dirigente europea para reformar – democratizar el sistema político europeo expone, abiertamente, el tema del financiamiento de la política – subvención pública – como una cuestión institucional y la quintaesencia de la democracia misma. Esta incapacidad nace de los propios límites de la *democrazia deliberativa* – la teoría de los portadores de intereses – (*stakeholder*) – que sofoca y niega la posibilidad de un ejercicio democrático participativo¹⁴².

En línea con el ejercicio de previsibilidad¹⁴³ sobre la actuación de las fuerzas políticas en el Parlamento, a resultas de la próxima revisión del Reglamento comunitario estudiado, cabe

¹⁴⁰ “*La speculazione filosofica ha ideologizzato il processo politico. (...) Questa stilizzazione ha determinato la riduzione della Costituzione e del diritto a meri problemi organizzativi – presuntivamente apolitici – della società borghese individualista e privata e ha reso possibile la sclerotizzazione dei contenuti politiche di uno specifico dominio dello Stato (...)*”, Wiethöltre R., *Gli interessi dello stato di diritto borghese*, en *L’ uso alternativo del diritto*, cit., p. 38.

¹⁴¹ Informe sobre el desarrollo del marco para las actividades de los grupos de interés en las instituciones europeas (2007/2115(INI)), 2 de abril de 2008, “*La Comisión define las actividades de los grupos de presión como «todas las actividades que se realicen con el objetivo de influir en los procesos de elaboración de políticas y de toma de decisiones de las instituciones europeas». Esta redacción está en consonancia con el artículo 9, apartado 4 del Reglamento del Parlamento Europeo, en el que se define a los miembros de los grupos de interés como «personas que deseen acceder con frecuencia a los locales del Parlamento con objeto de informar a los diputados en el marco de su mandato parlamentario, en interés propio o de terceros»*, Disponible en, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A6-2008-0105+0+DOC+XML+V0//ES#top>.

¹⁴² “*Il tutto a esito di una esasperazione del processo di proceduralizzazione della cosiddetta governace europea, attenta al profilo della partecipazione alla soluzione dei problemi, ma non anche alla percezione che i partecipanti hanno dei problemi e alla percezione che i partecipanti hanno dei problemi e alla loro possibilità di valutarli criticamente. Una governance che in tal modo ricorda nemmeno troppo vagamente si fece durante il ventennio, sempre in nome de modelli cooperativi, allorché si affossò la rappresentanza suffragistica e la si sostituì con la rappresentanza di interessi. Ad ulteriore testimonianza della utilità di un modello debole di fascismo nella comprensione delle attuali vicende europee.*”, Somma Alessandro, *economia di razza. Dal fascismo alla cittadinanza europea*, Ombre Corte, 2009, pp. 140-141.

¹⁴³ “*Crisi della prevedibilità, in particolare, che possiamo far risalire non solo a una presunta intrinseca incapacità di tutte le scienze sociali di farci scienze predittive, ma a ragioni che, per un verso, rimandano alla peculiare predisposizione epistemologica della politologia internazionalistica: consolidata preferenza per l’aggregazione rispetto a la disaggregazione, per la concentrazione di potenza piuttosto che per la sua diffusione, e, di conseguenza, ossessione ricorrente per l’egemonia, definita di volta in volta nei più svariati modi, e per il concetto di polarità, predilezione per il*

ANEXO – FINANCIACIÓN DE PARTIDOS Y FUNDACIONES POLÍTICAS CON MENCIÓN EUROPEA.

preguntarse cuál será la actitud que para entonces – año 2011 – asuman, en sede parlamentaria, los miembros de las Comisiones de Asuntos Constitucionales y de Asuntos Jurídicos, considerando que hasta ahora ha sido un *ruolo parassitario e funzionale allo stesso tempo*¹⁴⁴ a la lógica liberista de desarrollo imperante en la Unión Europea, y han contribuido a la pérdida de significado del Derecho y a la atención sobre cuestiones marginales que la propia experiencia propone¹⁴⁵.

*“(...) si assiste a una vera e propria crisi di egemonie – almeno nel senso tradizionale della classe dirigente; una crisi indotta, paradossalmente, dallo stesso sviluppo del capitalismo. La crisi della mediazione giuridica diventa inevitabilmente la crisi del giurista alla ricerca della sua perduta identità*¹⁴⁶.”

El Derecho, al contrario, debe insinuarse y promover el conflicto a partir de la anulación de la debilidad social, estructural y típica del esquema ordoliberal impuesto, contrastándola con la atribución de una mayor fuerza jurídica a la parte débil del conflicto. *“El todo por realizar corresponde a una justa distribución de las armas entre las partes, y no para asegurar el éxito de la parte más fuerte”*¹⁴⁷; el Derecho, promoviendo la capacidad jurídica y la igualdad sustancial de las partes en conflicto, debe “escapar” de la cooperación disciplinante impuesta desde las instancias de la Economía Social de Mercado. El conflicto social, constructivo y democrático, promovido desde el Derecho, como lugar de veridizione de la “verdad”; y no el Mercado, asocial y cooperativo, promovido desde el neoliberalismo económico. La promoción de la Democracia Participativa desde las instituciones del Derecho – ciencia jurídica; doctrina; cortes y tribunales judiciales; jueces y funcionarios – y no el mecanismo concurrencial exaltado por la Economía como una auténtica forma de democracia directa, que se ejercita a través de la opción del consumo: “un dólar un voto”.

Este esquema ‘*neutro de representación del poder neoliberal*’ promovido desde las instancias comunitaristas, se presenta como una contraposición de la concepción del Derecho como conjunto

concetto di ordine rispetto al concetto di mutamento (e preferenza per le status -quo poker e sospetto nei confronti dei revisionisti states), tendenza sistematica a utilizzare concetti come quelli di stato e nazione come interscambiabili, con conseguenti inevitabili cortocircuiti logici.”, Bellocchio L., *L'inevitabile unilateralismo*, Democrazia e Diritto, numero 4, 2006, p. 128.

¹⁴⁴ Barcellona Pietro, *L'uso alternativo del diritto*, cit., p. XIV.

¹⁴⁵ *“(...) il modello di sviluppo attuale è quello dello sviluppo tecnocratico, che lo Stato pianificato è solo un meccanismo di organizzazione del consenso per ridurre di margini di elasticità delle forze conflittuali.”*, *Ibidem*, p. XIII.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. IX.

¹⁴⁷ Somma Alessandro, *economia di razza. Dal fascismo alla cittadinanza europea*, cit., p. 141.

ANEXO – FINANCIACIÓN DE PARTIDOS Y FUNDACIONES POLÍTICAS CON MENCIÓN EUROPEA.

de instrucciones utilizadas para regular los desequilibrios del poder. Todo lo cual constituye un ejemplo de lo que la antropóloga estadounidense Laura Nader ha denominado el “*antiderecho*”¹⁴⁸.

Hasta ahora – en el tema particular de las subvenciones políticas – los miembros de las citadas Comisiones en sede parlamentaria, han cumplido consecuentemente con la tarea fundamental asignada, con la función primaria que históricamente se le ha encomendado al *giurista borghese*, que es el ‘servicio político’¹⁴⁹ brindando rigor, *completezza* y coherencia al *sistema* en beneficio del poder¹⁵⁰.

Considerando el déficit de legitimación política de las instituciones europeas¹⁵¹ – que quizás pueda explicarse por la propia limitación del mandato originario –, concluimos entonces que la reforma jurídica realizada al Reglamento (CE) no. 2004/2003, relativo a la financiación de los partidos políticos a escala europea, se inserta en la estrategia de *des – politización* del Derecho, presentándolo desde la retórica más sofisticada del *Rule of Law* en combinación con la teoría económica, como una reforma parcial, neutra, de “suma cero”, sin trascendencia y efectos sobre la vida política.

El profesor Alessandro Somma, en sede de análisis y de crítica al malogrado proyecto de Constitución Europea, se expresó en términos que son perfectamente reconducibles a la cuestión, esencia y efectos de la normativa comunitaria abordada:

“(…) Contribuendo in tal modo allo smantellamento dello stato sociale e con esso dei meccanismi dei funzionamento del sistema democratico, che tendono inevitabilmente ad alimentarlo o quanto meno a rallentarne il ridimensionamento.

¹⁴⁸ L. Nader, *The life of the Law: Anthropological projects*, 2002. Traducción al italiano *Le forze vive del Diritto*, Napoli, Edizione Scientifiche Italiane, 2003.

¹⁴⁹ Ferrajoli L., *Magistratura democratica e l’esercizio alternativo della funzione giudiziaria*, cit., p. 107.

¹⁵⁰ “*Come funziona un sistema? Un sistema è una struttura normativamente chiusa ma cognitivamente aperta, cioè in grado di adattare i suoi comportamenti ai nuovi input provenienti dall’ambiente. In questo modo recepisce la complessità ambientale ma la riduce a misura di se stesso. Il sistema quindi è un riduttore di complessità che permette la sopravvivenza dell’identità sulla base di un codice normativo (identitario) e di un apertura cognitiva tale da permettergli di interessare un rapporto con la complessità dell’ambiente.*” Barcellona Pietro, *Il suicidio dell’Europa. Dalla coscienza infelice all’edonismo cognitivo*, cit., p. 61.

¹⁵¹ “*Per poter affermare che un determinato testo normativo è una Costituzione, e , nel caso di specie, è la Costituzione Europea, è necessario che esso sia elaborato ad opera di un’Assemblea costituente europea, eletta a suffragio universale diretto da un popolo europeo che si dovrebbe caratterizzare per un idem sentire, che ad oggi, non è dato rintracciare.*”, Cfr. F. Salmoni, la sesta Conferenza intergovernativa e la Modifica dei Trattati del 1957 l’importanza di chiamarsi Costituzione, Disponible en, <http://www.costituzionalismo.it> (11/09/2009).

ANEXO – FINANCIACIÓN DE PARTIDOS Y FUNDACIONES POLÍTICAS CON MENCIÓN EUROPEA.

Ecco il motivo per cui si assiste alla riproposizione dell' 'ordine razionale che la rappresentanza politica non può sovvertire' – l'ordine dei sovrani illuminati – la cui affermazione presuppone il blocco della 'ovvia tendenza dei regimi democratici ad allargare le prestazioni pubbliche legale ai diritti' ¹⁵².”

6.2 – LA INNOVACIÓN CREATIVA.

Este apartado del texto representa un punto de pensamiento idealista–objetivo sobre el sentido y alcance que deba tener la Democracia como institución política, jurídica y social, en el mundo occidental, y en particular en la Unión Europea. Su desarrollo obedece a la búsqueda y conservación de la utopía social como realización posible, en la medida de los límites de la voluntad humana y en correspondencia con las exigencias históricas. Plantearnos la pregunta sobre ¿Cómo debe ser la Democracia?, es buscar una respuesta que comporta la necesidad de entrar en contacto con los otros para construir, unidos, la relación que permita la posibilidad de expresar una dirección de marcha limitada¹⁵³.

La “*innovación creativa*” – en sede de mutación del Derecho – pudiera dar un giro *anti determinista* del Derecho Comunitario, a la luz del desarrollo de un género de ciudadano/a europeo/a culturalmente consciente de su responsabilidad política – local – regional – global – que asumiera el ejercicio de sus derechos políticos con la certeza de que es la única vía para alcanzar una redistribución más justa del poder y de la riqueza social – sustancial y espiritual ¹⁵⁴–. “*La realizzazione dell'emancipazione politica, secondo Marx e Engels, creava i presupposti per la rivoluzione sociale*”¹⁵⁵. Para ello es necesario realizar el esfuerzo de ‘des–construcción’ cultural de los individuos ‘creados y atomizados’ sobre modelos consumistas ¹⁵⁶, capaces de interpretar el

¹⁵² Somma, Alessandro, *Temi e Problemi di Diritto Comparato. Tecniche e valori nella ricerca comparatistica*, cit., p. 203.

¹⁵³ Barcellona Pietro, *Il suicidio dell'Europa. Dalla coscienza infelice all' edonismo cognitivo*, cit., pp. 22-27.

¹⁵⁴ “*In altri termini, l'eguaglianza economica e sociale appare come un posterius, un fine da raggiungere attraverso la partecipazione politica.*”, Levi Franco, *Partecipazione e Organizzazione*, Democrazia e Diritto, 1988, p. 1641.

¹⁵⁵ Seifert J., *La concretizzazione delle formule emancipatore della costituzione nella giurisprudenza*”, in *L'uso alternativo del diritto*, cit., p.132.

¹⁵⁶ “*Il capitalismo produce la massa. (...) quello che Sombart non chiama esattamente unidimensionalità. (...) La società capitalista, inoltre, ha costretto gli individui a un tipo de consumo di massa, che svolge funzioni di uniformazione e di normalizzazione. L'economia borghese e capitalista, infine han condannato gli individui a poter stabilire una comunicazione tra loro unicamente ed esclusivamente attraverso il gioco dei segni e degli spettacoli [socialisti].*”, Foucault Michel, *Nascita della biopolitica*, cit., p. 105.

ANEXO – FINANCIACIÓN DE PARTIDOS Y FUNDACIONES POLÍTICAS CON MENCIÓN EUROPEA.

mundo sólo sobre categorías económicas; es necesario realizar un ejercicio de ‘construcción della cittadinanza’ desde la ética y la axiología¹⁵⁷.

Estaríamos entonces inmersos en un movimiento de democracia más social y participativa, cuyo *punto de fuerza* estaría en un contexto comunitario mucho más conflictivo, y cuya *palanca de Arquímedes* pudiera ser – entre otras – el ejercicio jurídico del referido artículo 11 del Tratado de la Unión, en cuanto a la implementación de la iniciativa legislativa popular; para ello sería necesario que la voluntad de la clase política dirigente comunitaria honrara la *subtradición política filosófica europea* y el *prestigio de la tradición jurídica occidental*.

“*Ogni possibile confronto presupporrebbe un articolata analisi della congiuntura storica e correlativamente una più puntuale determinazione del luogo della frattura, della possibilità di azione e del soggetto cui spetta in concreto il compito della mediazione*”.¹⁵⁸

No se trata entonces de hacer la *revolución con el Derecho*,¹⁵⁹ ni de promover una *mutación radical* de la sociedad,¹⁶⁰ sino de reconducir la interpretación jurídica progresista ‘*directamente al desarrollo de las contradicciones sociales, legitimando la necesidad de una práctica radical orientada a transformar la sociedad*’.¹⁶¹

El análisis y el desarrollo de la contradicción se encuentran en franca incompatibilidad con la ideología que propugna la neutralidad del Derecho, y la separación entre la Política, el Derecho y la Economía, como prácticas de una misma realidad social.

“*Il tutto in linea con la riflessione ordoliberal, del resto condotta muovendo dalle elaborazioni della fisiocrazia ed in particolare dal proposito de accreditare l’economia come strumento di razionalità politica, chiamato a rimpiazzare il diritto. Uno strumento che deve essere imposto da un*

¹⁵⁷ “*In questa prospettiva, la cittadinanza si dilata, diventa il punto di riferimento di bisogni ed esigenze nuove, in essa si mescolano, da un lato, le antiche aspirazioni ad una democrazia compiuta fatta di partecipazioni consapevoli e di decisioni condivise, e dall’altro, la rilevanza di quelli che sono chiamati i «nuovi beni» espressi dai nuovi movimenti (...), e, allo stesso tempo la sintesi di tutte le aspettative di razionalizzazione, di modernizzazione e anche di cambiamento.*”, Barcellona Pietro, *A proposito della cittadinanza sociale*, Democrazia e Diritto, 1988, p. 16 e 17.

¹⁵⁸ Barcellona, Pietro, *L’uso alternativo del diritto*, Editori Laterza, 1973, Tomo II – *Ortodossia giuridica e pratica politica* -, Introduzione, cit., p. XI.

¹⁵⁹ *L’uso alternativo delle istituzioni borghese costituisce una mistificazione pratica*, Picone Paolo, *Riformismo giuridico o socialdemocrazia*, cit., pp. 209 e ss.

¹⁶⁰ Sacco, Rodolfo, *Trattato di Diritto Comparato*, cit., p. 34.

¹⁶¹ Barcellona, Pietro, *L’uso alternativo del diritto*, cit., p. XXII.

ANEXO – FINANCIACIÓN DE PARTIDOS Y FUNDACIONES POLÍTICAS CON MENCIÓN EUROPEA.

*stato assoluto, cui affidare il compito di assicurare la libertà e la proprietà da un lato e la sicurezza dall'altro*¹⁶².”

El análisis y el desarrollo de la contradicción significarían recuperar la relación dialéctica entre las categorías jurídicas, la estructura económica y la práctica social; en la sociedad burguesa cada argumentación jurídica expresa una línea política con un trasfondo económico:

*“La società dei giuristi–ingegneri è una chimera, un’astrazione. Basta guardarsi intorno superficialmente per convincersi che esistono almeno due diverse società, la società, o i gruppi sociali, per intenderci, che hanno interesse che il diritto svolga una funzione marginale, che faccia la guardia al sistema senza penetrare nella politica dell’imprenditore, senza esercitare alcun controllo sul modo in cui vengono esercitati i servizi pubblici, ecc.; e al polo opposto l’altra società, quella da cui nasce la domanda di una ‘nuova giustizia’ per gli oppressi, gli sfruttati, ecc. Da una parte dunque, la società degli oppressi, degli sfruttati, dall’altra parte, la società e i gruppi sociali che invece hanno interesse anche il diritto continui ad operare in una zona sostanzialmente irrilevante. I questi termini, cioè senza che sia effettuata un’analisi della effettiva distribuzione dei poteri nella società (un’analisi della società e la critica di essa) il discorso sui rapporti fra diritto e strutture sociali rimanda genericamente alla società in generale*¹⁶³.”

La “mutación creativa” del derecho comunitario al interno de la *familia de derecho occidental* – de producirse esta excepción de la regla¹⁶⁴ – requeriría como ‘condición necesaria’ una mutación de la *cittadinanza europei* como cuerpo social; y como ‘condición suficiente’ que el efecto de la mutación alcanzara al órgano parlamentario como sujeto y sede del formante legislativo comunitario¹⁶⁵. “*Il diritto muta. Muta senza interruzione. Muta da sempre*”;¹⁶⁶ pero – en sede de reflexión sobre la democracia europea, sobre la mayor responsabilidad e implicación ciudadana comunitaria, y de denuncia del *status quo* neoliberal –, de lo que se trata es de marcar el rumbo y el

¹⁶² Somma, Alessandro, *Temi e Problemi di Diritto Comparato. Tecniche e valori nella ricerca comparatistica*, cit., p. 204.

¹⁶³ Barcellona Pietro, *L’uso alternativo del diritto*, cit., p. VIII.

¹⁶⁴ “*La nascita di un modello originale si deve considerare come un episodio molto più raro di una imitazione*”, Sacco, Rodolfo, *Trattato di Diritto Comparato*, cit., p. 32.

¹⁶⁵ “*Un diverso tentativo si può ricondurre sotto l’etichetta del collegamento tra diritto e politica. Si legge: i giuristi hanno perso il contatto con la politica, e perciò non sono più in grado di operare, come hanno fatto in passato, quando avevano una profonda consapevolezza del proprio ruolo politico. Per recuperare la funzione e l’incidenza del giurista sulla realtà bisogna ritrovare il collegamento fra diritto e politica. E invero non c’è dubbio che il diritto e politica sono le facce di una stessa medaglia, ogni argomentazione giuridica esprime una linea politica*”, Barcellona Pietro, *L’uso alternativo del diritto*, cit., p. VIII.

¹⁶⁶ Sacco, Rodolfo, *Trattato di Diritto Comparato*, cit., p. 29 e ss.

ANEXO – FINANCIACIÓN DE PARTIDOS Y FUNDACIONES POLÍTICAS CON MENCIÓN EUROPEA.

sentido de esa mutación jurídica que se propone, y que no habrá de ocurrir espontáneamente. No existe una marcha evolutiva ‘natural’ del Derecho y sus formas, hacia el progreso social¹⁶⁷.

Una mutación *positiva* del formante legislativo pudiera influir sobre el resto de los formantes comunitarios y pudiera multiplicar el prestigio de la *subtradición política filosófica europea*, lo cual relanzaría su liderazgo político en la edificación global; lo que seguramente sería objeto de ‘diffusione’ imitación / recepción ‘pacífica’¹⁶⁸ en el resto de los contextos regionales a modo de circulación de modelos jurídicos. Una mutación positiva de este tipo pudiera alterar – levemente – el *status quo* en sede comunitaria, pero las consecuencias serían sustantivas, entre otras, permitiría detener / allanar la segunda “*ondata di americanizzazione*” a nivel global.

Podrían formularse las siguientes preguntas: “

- ¿Podría mundializarse la justicia social y la democracia real en el actual contexto histórico de la sociedad global?
- ¿Sería la Unión Europea el espacio idóneo para el desarrollo inicial de esa práctica democrática?
- ¿Puede Europa alcanzar su verdadera identidad comunitaria en ausencia de un ejercicio de Democracia constituyente?

Democratizar la sociedad global significa, básicamente ‘*la socializzazione del potere*’,¹⁶⁹ democratizar y hacer más pleno el ejercicio ciudadano de los derechos civiles, políticos y económicos, y significa también intentar construir una nueva realidad comunitaria europea a partir de “*una prassi giuridica alternativa che significa semplicemente reintrodurre il diritto all’interno dei rapporti sociali, cioè analizzare empiricamente e strutturare normativamente gli interessi sociali*”.¹⁷⁰

Un ejercicio audaz y democrático del *formante legal comunitario* influiría directamente sobre el resto de los formantes jurisprudencial y doctrinal de la Unión, y promovería un nuevo paradigma jurídico en la ciencia del Derecho, alejado de la interpretación funcionalista y evolucionista del

¹⁶⁷ “*La convinzione che il diritto possa essere la risoluzione dei problemi complessi di questa fase di transizione è una grandissima illusione, o forse un alibi, una maniera per non tematizzare le vere poste in gioco.*”, Barcellona Pietro, *Il suicidio dell’Europa. Dalla coscienza infelice all’ edonismo cognitivo*, cit., p. 15.

¹⁶⁸ Gambino A., *L’imperialismo dei diritti umani*, Roma, 2001.

¹⁶⁹ Cerroni Umberto, “*Il problema della teorizzazione dell’interpretazione di classe del Diritto Borghese*”, in *L’uso alternativo del diritto*, cit., p.9.

¹⁷⁰ Coturri G., “*L’ideologia della separazione e il recupero dell’analisi del reale*”, in *L’uso alternativo del diritto*, cit., p. 87.

ANEXO – FINANCIACIÓN DE PARTIDOS Y FUNDACIONES POLÍTICAS CON MENCIÓN EUROPEA.

Derecho. *“Il processo di mondializzazione produce dunque una ‘fortissima omogeneizzazione’, che la lettura evoluzionista e funzionaliste della mutazione del diritto non sono capaci di cogliere”.*¹⁷¹

La “innovaci3n original” en sede comunitaria que se propone radicar3 en un nov3simo ejercicio popular y ‘colectivo’ de los derechos ciudadanos reconocidos, y significar3a un ‘momento constituyente’ del pueblo europeo en gesti3n, lo cual habr3 de influir positivamente sobre el formante doctrinario y en un revitalizado control cr3tico de la ciencia jur3dica sobre el proceso pol3tico.¹⁷² La innovaci3n original implicar3a entonces una ‘relectura y reescritura’ del patrimonio constitucional europeo, fundado sobre los principios del liberalismo pol3tico, y complementado por la cultura de los derechos sociales, prevalentemente orientados a producir la emancipaci3n del individuo ‘en su contexto colectivo’.

Una pr3ctica innovadora en el ejercicio de los derechos comunitarios provocar3a una *positiva* mutaci3n del sistema pol3tico y del sistema jur3dico occidental,¹⁷³ y por ende su circulaci3n – su imitaci3n – su recepci3n y su difusi3n por analog3a ser3an de alcance globales, porque ser3an funcionales a una penosa realidad mundial – cr3nicamente homog3nea – e hist3ricamente condicionada que se caracteriza por su enorme d3ficit democr3tico y de injusticia social.

Nadie pone en dudas – y s3lo es necesario denunciarlo p3blicamente por la expl3cita intenci3n neoliberal de hacer ver al Derecho como una t3cnica social neutra¹⁷⁴ – que el ordenamiento jur3dico

¹⁷¹ Somma, Alessandro, *“Tanto per cambiare...Mutazione del Diritto e Mondializzazione nella riflessione comparatistica”*, cit., p. 127.

¹⁷² “(...) Ad un attacco ad ogni forma di mediazione, ad un tentativo di rendere l’individuo sempre pi3 isolato di fronte al dispiegamento di un’onnipotenza difficilmente controllabile. S’impone allora una riflessione. Sono portato a diffidare di teorie che non si pongano in conflitto con il ordine esistente, giacch3 la loro funzione pratica consiste nello stabilizzare l’ordine istituito. In tal senso, la funzione della critica teorica dovrebbe consistere nella capacit3 di individuare un paradigma alternativo alla teoria dell’evoluzione, in cui i processi umani alternativo si spiegano con la discontinuit3.”
Barcellona Pietro, *Il suicidio dell’Europa. Dalla coscienza infelice all’ edonismo cognitivo*, cit., p. 63.

¹⁷³ “Ma sar3 necessario uscire dal sonno dal sonno della ragione critica. Duecentodieci anni fa, il costituzionalismo in Europa si trasfer3 dalla filosofia alla Storia. Pot3 farlo usando atti di esercizio di un diritto politico, il voto, e creando le condizioni perch3 una rappresentanza che si qualific3 come politica potesse abbattere l’assolutismo politico, usando contro il ordinamento allora vigente un diritto vigente. E vero cha la storia non si ripete mai allo stesso modo, ma 3 anche vero che le rivoluzioni adoperano, di solito, gli arnesi istituzionali dell’ordinamento che distruggono. La rappresentanza politica di duo centodieci anni fa riusc3 nel suo intento perch3 aveva de compiere una missione storica. C’3 chi crede cha una nuova forma di assolutismo domini oggi sul mondo, l’assolutismo economico. E c’3 anche chi crede che la storia del costituzionalismo, come ogni storia, non 3 finita”., Ferrara, Gianni, *I diritti politici nell’ordinamento europeo*, cit., p. 488.

¹⁷⁴ “(...) la tesi della fungibilit3 o, in altri termini, della neutralit3 delle strutture giuridiche, senza considerare che tale neutralit3 o fungibilit3 significa en pratica che tali strumenti o tecnicas de proteccion son (nella realt3) a disposicion de chi ha il potere o la forza de servirsene e quindi dei soggetti que gi3 in fatto hanno realizzato i propri interessi.”,
Barcellona Pietro, *Uso alternativo e riserva de liceit3 a favore de la prassi Emancipatoria*, in *L’uso alternativo del diritto*, cit., p. 126

ANEXO – FINANCIACIÓN DE PARTIDOS Y FUNDACIONES POLÍTICAS CON MENCIÓN EUROPEA.

es expresión de la voluntad política tras el choque de las fuerzas sociales; empero, esto no significa que el intérprete, el jurista y el operador jurídico estén dispuestos a asumir explícitamente tareas y funciones de la práctica política. Y que la ciencia jurídica esté dispuesta a representarse a sí misma como un mero momento de la política.

*“Se l’interrogativo sulla utilizzabilità dell’ipotesi interpretativa e degli strumenti analitici marxiani può trovare disponibile un cospicuo numero di operatori giuridici, assai più ardua appare la traduzione delle analisi in prospettive di azione. Quando si tratta di passare dall’analisi delle categorie giuridiche del diritto eguale alla definizione dei compiti e delle strategie, è inevitabile che il disagio dei giuristi si manifesti in modo quasi drammatico”.*¹⁷⁵

El ejercicio popular de la iniciativa legislativa pudiera significar que un millón de ciudadanos/ as – de una población comunitaria de 500 millones – ponga a prueba la veracidad de la ‘sociedad pluralista’ europea, por cuanto el carácter democrático permisivo y plural frecuentemente sólo es aparente, de modo tal que el ‘sistema’ distingue claramente entre permitir *la libertad de palabra, de opinión, de expresión y de asociación*, con la *vera libertad de acción*. De modo, que sin pretender romper las reglas del juego de ‘la democracia representativa’, la ciudadanía europea puede articularse y aspirar a un ejercicio democrático de más ‘calidad’, y no solamente ejercer la ‘cantidad’ de derechos que son ‘funcionali’ al propio *status quo* democrático – *libertades de palabra, de opinión, de expresión y de asociación* – que pueden significar, en última instancia, meros elementos del debate para *‘testare il polso sociale e per effettuare scelte in ordine ai contenuti dell’azione politico-legislativa’*.¹⁷⁶

*“Se così stanno le cose, solo un ridimensionamento del metro economico a favore del metro politico può condurre a mettere in luce e a erodere le tecniche di disciplinamento di matrice ordoliberal.”*¹⁷⁷

La ‘innovazone creativa’ del modelo democrático comunitario europeo pudiera ser imitado como ejemplo – sin necesidad de mecanismos de exportación violenta – porque se dan en el mundo contemporáneo – no sin dificultades y resistencias – las condiciones objetivas para su circulación – *“La situazione economico-culturale di una società non condiziona in modo univoco il diritto”*¹⁷⁸. El diseño y la construcción de la Unión Europea despierta mucho interés y atención en otras zonas

¹⁷⁵ Barcellona Pietro, *L’uso alternativo del diritto, Tomo II – Ortodossia giuridica e pratica politica -*, Introduzione, Editori Laterza, 1973, p. V.

¹⁷⁶ *“La democrazia dipende della possibilità di tutti i partecipare al dibattito pubblico”*, (COM/2001/428 def.) – El Libro Blanco de la *governance* europea, http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2001/com2001_0428es01.pdf.

¹⁷⁷ Somma Alessandro, *economia di razza. Dal fascismo alla cittadinanza europea*, cit., p. 137.

¹⁷⁸ Sacco, Rodolfo, *Trattato di Diritto Comparato*, cit., p. 34.

ANEXO – FINANCIACIÓN DE PARTIDOS Y FUNDACIONES POLÍTICAS CON MENCIÓN EUROPEA.

geográficas del mundo, por lo que puede representar en cuanto a cotas de justicia social, de democracia, y de respeto y realización de los derechos humanos.

De igual modo, la Unión Europea se presenta como un ‘*lugar ideal*’ por el conjunto de condiciones objetivas alcanzadas por sus ciudadanos – nivel de vida, cantidad y calidad de bienes materiales, niveles de desempleo – y las condiciones subjetivas que disfrutan – niveles de cultura, índices de escolaridad y de salud, formación profesional, igualdad social – que son impensables para el resto del 85% de la población del planeta.

Los ‘creadores’ de la Unión Europea debieran comprender que frente al conflicto con el resto de los centros de poderes mundiales constituidos – EUA, China, Japón y Rusia –, y los centros de poderes emergentes representados por La India, Brasil y Sudáfrica, el único camino viable de sostenimiento y progreso, está en alcanzar mayores niveles de calidad de la democracia y de legitimación constituyente del poder. El posicionamiento de fuerzas – económicas, tecnológicas y militares – en el escenario global pudiera ser el dato extrajurídico que fuerce la mutación jurídica comunitaria, afirmándose una nueva dirección política que abandone la estrategia ideológica neoliberal, por una dirección más social y democrática.¹⁷⁹ Esta puede ser la ‘causa remota extrajurídica’ de la mutación positiva y del cambio social. No es una quimera y los ‘constructores’¹⁸⁰ comunitarios tienen la última palabra.

La pregunta formulada sobre la verdadera identidad de Europa puede resultar esencial y decisiva, porque resume una puesta en juego radical: ‘El equilibrio y el futuro del planeta’.¹⁸¹ En la innovación creativa que se propone como práctica democrática del ‘arte de gobierno’ no cabe la palabra ‘ritorno’ como mecanismo de fe, tranquilidad y confianza, porque la Europa medieval, moderna y contemporánea no ha conocido el ejercicio de la iniciativa legislativa popular como mecanismo estable de gobernabilidad. Este es el reto y el camino.¹⁸² “*Il gioco si svolge in Europa, ma la posta del gioco è il mondo*”.¹⁸³

¹⁷⁹ “*In un numero non elevato di casi, l’innovazione creativa dipende da una (per la più consapevole) scelta politica, veicolata da mutazioni nella scala di valori e nella ideologia delle persone in grado di influire sul dato giuridico.*”, Sacco, Rodolfo, *Trattato di Diritto Comparato*, cit., p. 35.

¹⁸⁰ «constructores» que son suficientemente capaces profesionalmente, competentes y calificados, aunque en cantidad también suficiente, pero políticamente desarmados para generar las presiones que requiere forzar el cambio de perspectivas.

¹⁸¹ Barcellona Pietro, *Il suicidio dell’Europa. Dalla coscienza infelice all’ edonismo cognitivo*, cit., p. 17.

¹⁸² “*Il primo atto di fede è la fiducia nella persona che parla. Nella situazione originaria, ché è il rapporto madre – figlio, quando la madre si allontana, nell’ angoscia della separazione il figlio viene tranquillizzato dalla parola «ritorno», perché con essa si promette che avverrà qualcosa che ricuse, rideterminando una presenza dove si era creata un’ assenza. Questo processo non può che fondarsi sulla fede. (...) La fede e la volontà interpretante implicano l’ esperienza della separazione e dell’ assenza*”, *Ibidem*, pp. 34-35.

¹⁸³ Foucault Michel, *Nascita della biopolitica*, cit., p. 58.

ANEXO – FINANCIACIÓN DE PARTIDOS Y FUNDACIONES POLÍTICAS CON MENCIÓN EUROPEA.

El momento de ruptura con la política ordoliberal comunitaria requiere de una nueva redefinición y rearticulación de la *Cittadinanza* y de los movimientos sociales europeos, con las suficientes expectativas políticas para aportar la necesaria conflictividad social que fuerce el cambio de la línea política dominante. Se requiere de un momento de restauración del antagonismo social como motor dialéctico de los procesos de mutación y de alternativa.

Articular en el seno de las instituciones representativas de la Unión Europea, la promoción colectiva del ejercicio del acto jurídico establecido en el apartado 4 del artículo 11, del Tratado de la Unión Europea – constituye el mecanismo democrático más original y efectivo que otorgue sentido a la declaración formal establecida en el artículo 10 del Tratado:

“Todo ciudadano tiene derecho a participar en la vida democrática de la Unión. Las decisiones serán tomadas de la forma más abierta y próxima posible a los ciudadanos.”

ANEXO – FINANCIACIÓN DE PARTIDOS Y FUNDACIONES POLÍTICAS CON MENCIÓN EUROPEA.

7 – CONCLUSIONES.

A modo de concretar las cuestiones valoradas, se realiza la siguiente enunciación:

1– El Reglamento Comunitario (CE) No. 2004/2003 constituye un instrumento que fuerza la *Homogenización* de las formaciones políticas. Esta homogenización es funcional a un esquema bipolar de *Democracia representativa*, menos democrática, menos conflictiva y menos plural.

2– Las instituciones europeas pretenden repetir, en el espacio de la Unión, los esquemas parlamentarios nacionales que mejores resultados han dado a la conservación del *status quo*. Este esquema de *simplificación, homogenización y de concentración política* es funcional al modelo de *Democracia deliberativa* impulsado desde la teoría de la *Governance* como práctica de la economía mundial, y es a su vez funcional a un esquema de reducción de las competencias nacionales de los Estados, como resultado de la aplicación del principio de subsidiariedad vertical a favor de la Unión.

3– La manipulación de la *Opinión* pública europea, y la conformación de la *Hegemonía* neoliberal a través el diálogo cooperativo y asimétrico ordoliberal, requieren de la mayor cantidad de instrumentos – partidos, fundaciones, organizaciones juveniles – que recreen la ficción de una Unión Europea de Derechos.

4– El Tribunal de Justicia Europea ha carecido de la necesaria voluntad para realizar un ejercicio de *Judicatura democrática* que restablezca el desequilibrio creado entre sujetos políticos fuertes y sujetos políticos débiles, estos últimos desfavorecidos por la norma jurídica de financiamiento.

5– La convicción de que las prácticas participativas no pueden tener un carácter de instrumento neutro al servicio de las instituciones europeas; y la necesidad del cambio de ‘los sujetos del desarrollo’, como vía para para promover el *conflicto democrático* y evitar una deriva que cristalice en una continuada elitización de la vida política–.

Queda reflejado en este Anexo de la tesis, la utilización funcional ordoliberal del Derecho europeo como técnica de organización política de una comunidad estatal en formación – la Unión Europea –, orientada a fines de conservación y elitización del poder establecido; aparejada al control de una *opinión pública europea* como parte de una estructura político – cultural que garantice el acatamiento y la efectividad de las normas jurídicas como *deber social*, como expresión de una hegemonía cultural.

Es en esta función donde destaca el papel de las fundaciones políticas europeas que coadyuvan a la formación de la cobertura ideológica de la hegemonía liberista dominante, y para las cuales se ha diseñado una norma jurídica comunitaria que constriñe a la uniformidad de las formaciones

ANEXO – FINANCIACIÓN DE PARTIDOS Y FUNDACIONES POLÍTICAS CON MENCIÓN EUROPEA.

políticas europeas a través de un certificado de buen comportamiento; que las convierte en apéndices del funcionalizado poder político a través del pago de subvenciones públicas siempre crecientes; y que discrimina sustancial y desproporcionadamente a las formaciones políticas minoritarias en una lógica bipolar del poder, atentando contra el pluralismo de la representación social.

FIN DE LA TESIS.